Adolph Dieterich
Weber,
B. R. D.

Beiträge
zu
der Lehre
vom stillschweigenden
Konventional-Pfandrechte.

Schwerin, Wismar und Bützow,
in der Boednerschen Buchhandlung.
1783.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Gegenwärtige Abhandlungen sind einer praktischen Materie des Civil-Rechts gewidmet, welche meiner Meinung nach, in ihrem ganzen Umfange noch nicht so entwickelt ist, als die Wichtigkeit derselben es wol verdienet. In den Lehrbüchern der bürgerlichen Jurisprudenz herrscht davon zum Theil ein tiefes Stillschweigen, zum Theil nur beiläufige Erwähnung. Und gleichwol erfordert die Sache schon ihrer Natur nach eine sorgfältige Prüfung, ie leichter es möglich ist, da, wo der Parteien ausdrückliche Verabredung fehlt, und der consensus tacitus ausgemittelt werden soll, einen Irrtum zu begehen, wodurch entweder den Rechten des Gläubigers geschadet, oder dem Schuldner, vielleicht auch gar einem Dritten man-

cher Nachtheil aufgebürdet wird. Unsere Gesetze weisen freilich den Richter dahin an, daß er bei Bestimmung des Pfandrechts und dessen Wirkung mehr auf die Intention der Kontrahenten, als auf blosse Worte Rücksicht zu nehmen hätte. L. 9. C. *quae res pignori*, ubi: Quum sit iustum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere. Allein wenige Ausleger haben sich die Mühe genommen, hierüber etwas näher ins Detail zu gehen; und wer die Abhandlung des **Hert** de pignore conventionali tacito mit Aufmerksamkeit durchgelesen, der wird sehr bald gefunden haben, wie viel diesem Schriftsteller noch unbemerkt geblieben. Er sowol, als die übrigen Juristen, welche diese Materie in ihren Schriften nicht ganz übergangen sind, haben die Sache immer noch zu einseitig behandelt, indem sie sich nur darauf beschränk-

schränkten, solche Fälle zu Kompiliren, da der stillschweigende Konsens den eigentlichen Entstehungsgrund des Pfandrechts abgiebt. Dies ist freilich der vorzüglichste Gegenstand, worauf es in dieser Materie ankömmt; allein er darf den zweiten Gesichtspunkt, welcher hier gleichfalls in Betrachtung kommt, nicht ausschließen; die Frage nämlich: in wie ferne Wirkung und Umfang eines erteilten Pfandrechts nach der wahren, obgleich nicht wörtlich erklärten Absicht der Parteien, bald zu erweitern, bald aber einzuschränken? Das andre und dritte Stück dieser Schrift liefern davon Beispiele.

In unserm Zeitalter, wo bereits verschiedene einzelne Gegenstände des bürgerlichen Rechts in besondern Werken erörtert sind, entschliesset sich nunmehro vielleicht ein Gelehrter, auch diese Materie vollständig zu bearbeiten, und dasjenige zu ergänzen, was dem Hert so-

wol in der Anlage, als auch in der Abhandlung selbst noch abgehet. Soviel die gegenwärtige Arbeit anbetrift: so gebe ich nur Beyträge, deren Innhalt aber unstreitig zum Plane des Ganzen mit gehöret. Das erste Stück derselben ist bereits 1781. bei Gelegenheit meiner Akademischen Vorlesungen im Druck erschienen, jedoch durch den ordentlichen Weg des Buchhandels nicht bekannt gemacht worden. Kenner haben inzwischen diese Abhandlung einer guten Aufnahme gewürdigt, und dadurch bin ich veranlasset, solche mit verschiedenen Zusätzen anderweitig heraus zu geben. Die beiden folgenden Stücke unterwerfe ich nunmehro gleichfalls der Prüfung des gelehrten Publikums, dessen Beifall ich hoch schätze, dessen bescheidene und gründliche Belehrung mir aber auch nie unangenehm sein kann. Rostock, den 31sten März, 1783.

Innhalt.

I.

Versuch über den wahren Sinn der *Leg.* **5.** *C. de locato conducto.*

§. 1. Vom stillschweigenden Pfandrechte des Verpachters und Vermieters überhaupt, und der dazu nötigen Bestimmung des Unterschiedes inter praedium vrbanum et rusticum

§. 2. Die Worte der L. 5. C. de Loc. cond. mit der Erklärung des Accursius und anderer Ausleger.

§. 3. Widerlegung dieser Explikation.

§. 4. Die Meinung des Cujaz und der mehrsten Juristen über den Sinn dieser Worte.

§. 5 u. 6. Wird auch als unzulänglich dargestellet.

§. 7. Herrn Prof. Püttmanns Interpretation, wogegen

§. 8. Verschiedenes erinnert wird.

§. 9. 10. 11. Vorbereitung zu einer andern Erklärung.

§. 12. 13. Der wahre Sinn des Gesetzes leuchtet aus dem Innhalt desselben klar hervor.

§. 14. Fernere Bestätigung dieser Erklärung.

§. 15 u. 16. Was die Anwendung des Gesetzes eigentlich erfordert; und in welchen Fällen sie cessiret.

II.

Vom *pignore tacito subsidiario,* **oder der Stillschweigenden Willenserklärung der Kontrahenten bei Verbindung einer besondern Hypothek mit**

der allgemeinen, und ob die daher entspringende *exceptio excussionis* nicht auch dem Schuldner selbst zu statten komme?

§. 1. Von der except. excuss. und deren Einteilung in realem und Personalem überhaupt.

§. 2. Allgemeine Regel in Ansehung der Erstern.

§. 3. Aus dem Grunde derselben folgt, daß die exceptio excuss. auch in dem Falle statt finde, wenn die allgemeine Hypothek selbst ex lege herrührt. Leyser wird widerlegt.

§. 4. Uebergang zu der Frage: ob diese exceptio excuss. dem Schuldner gestattet werden könne? Drei verschiedene Meinungen der Juristen in dieser Absicht werden angeführt.

§. 5. Zuförderst aber der Status controversiae berichtigt.

§. 6. Herr Prof. Westphal hält dafür daß dem Schuldner dieser Einwand nie zustehe. Seine Gründe werden angeführt. Nachdem aber

§. 7. 8. 9. diese Gründe beantwortet worden: So schreitet man

§. 10. Zur Ausführung des Satzes, daß der Pfandschuldner sich allerdings der except. excuss. bedienen nen dürfe.

§. 11. Die natürliche Billigkeit unterstützt das Vorhaben des Schuldners;

§. 12. Die wahre Absicht und Willensmeinung der Kontrahenten kommt ihm gleichfalls zu statten;

§. 13.

§. 13. Einem Einwurf hiegegen wird begegnet.
§. 14. Die Befugniß des Schuldners wird durch nähere Prüfung der hier eintretenden Fälle noch gewisser.
§. 15. Endlich entscheidet klare Gesetzliche Vorschrift die Sache zum Besten des Debitoris.

III.

Kurze Erörterung der Frage: Ob und in wie ferne das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten, und Konventional-Strafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden?

§. 1. Die verschiedenen Gesetze, welche diese Frage betreffen, werden wörtlich angeführt.
§. 2. Vorläufige Betrachtung über zwei Gesetzstellen.
§. 3 u. 4. Die obige Frage wird von einigen Juristen allgemein beiahet, von andern durchaus verneinet. Nachdem
§. 5. Aus den Gesetzen selbst und deren Inhalte das nötige im voraus bemerkt worden: So wird gezeigt
§. 6. daß die allgemein beiahende Meinung nicht gegründet sei,
§. 7. Aber auch nicht die durchaus verneinende. Es kommt alles auf mancherlei Verhältnisse an; und um solche gehörig zu entwickeln, werden
§. 8. Einige allgemeine Grundsätze vorangeschickt, und hierauf die Frage pünktlich erörtert; A) nach Verschiedenheit der Gegenstände selbst;

§. 9. 10. Von vsuris morae,
§. 11. Von Zinsen, welche der Schuldner versprochen hat; und zwar 1) bereits bei Errichtung des Pfandrechts;
§. 12. 13. 2) Von Zinsen, welche nach geschehener Verpfändung gelobt worden.
§. 14. Von der Konventional-Strafe.
§. 15. Von Proces-Kosten.
§. 16. 17. Von denen auf die Sache selbst verwandten Kosten, und zwar zuerst von impensis necessariis.
§. 18. Von den impensis vtilibus.
§. 19. B) nach Verschiedenheit der Fälle.
§. 20. Erster Fall. Wenn der Gläubiger das Pfand besitzt, und mit dem Schuldner zu thun hat.
§. 21. Zweiter Fall. Wenn der besitzende Kreditor mit einem ihm vorgehenden Gläubiger zu thun hat.
§. 22. Dritter Fall. Wenn der besitzende Gläubiger mit einem ihm nachstehenden Creditor in Streit geräth.
§. 23. Konjektur über L. 4. C. de vsuris.
§. 24. Vierter Fall. Wenn der nicht besitzende Gläubiger gegen den Schuldner klagt.
§. 25. Fünfter Fall. Wenn contra tertium geklagt wird.
§. 26. 27. 28. Weitere Zergliederung dieses Falles.
§. 29. Sechster Fall, wenn über des Schuldners Vermögen ein Konkurs entstehet.

I.

I.

Versuch

über

den wahren Sinn der L. 5. Cod.

De Locato Conducto.

§. 1.

Der Grundſatz, daß dem Verpachter eines praedii ruſtici an den Früchten, hingegen dem Vermieter eines praedii urbani an den inferirten Sachen des Mietsmannes ein geſetzliches Pfandrecht zu ſtehe, gehöret unter dieienigen Warheiten, welche durch klare Geſetze zu erweiſen ſind. 1)

1) L. 4. D, In quib. cauſ. pign. Eo iure vtimur, vt quae in praedia vrbana inducta illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacite conuenerit, in ruſticis praediis contra obſervatur.

vatur. L. 7. D. eod. In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi id nominatim non conuenerit. DAV. MEVIUS will zwar P. 4. Dec. 127. auch bei Landgütern die gesetzliche Hypothek gleichfalls auf inuecta et illata erstreckt wissen; allein die Gesetze, so er für sich anführt, sind seiner Meinung nicht günstig. Er selbst lehrt auch in dem Kommentar über das Lübecksche Recht P. 3. Tit. 1. Art. 2. n. 52. 53. und zwar nach gemeinen Rechten gerade das Gegentheil von dem, was er in den Decisionen behauptet. GOTHOFREDUS ad L. 3. D. In quib. caus. ist auch dieser irrigen Lehre, welche PETR. MÜLLER apud STRUV. *Exercit.* 26. th. 16. ingleichen SAM. COCCEII *iure controv.* Lib. 20. tit. 2. Quaest. 14. ausführlich widerlegt haben, zugethan. Wenn aber NIC. BOERIUS Dec. 182. n. 54. sogar den Satz aufstellet, *quod in omnibus conuentionibus hypothecae constitutio subintelligi debeat:* So ist das Urteil, welches SAM. STRYCK Lib. 20 V. M. Tit. 2. §. 2. darüber gefället hat, sehr richtig: hac sententia nil absurdius esse potest. Da übrigens bei der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte des Verpachters und Vermieters auf richtige Bestimmung des Unterschiedes inter praedium vrbanum et rusticum ungemein viel

ankömmt:

ankömmt: So ist es desto merkwürdiger, daß in den mehrsten Lehrbüchern der wahre Begriff hievon noch nicht so ins reine gebracht worden, als es die Wichtigkeit der Sache wol erfordert hätte. Daß überhaupt die unbeweglichen Güter in vrbana und rustica praedia abgeteilt werden, wissen auch dieienigen, die sonst nicht viel wissen. Allein eine deutliche Angabe, worauf diese Distinktion eigentlich beruhe, dürfte man von ihnen nicht immer erwarten. Das römische Recht enthält vorzüglich drei Materien, welche eine richtige Idee davon schlechterdings erfordern. Wie viel 1) in der Lehre von den Servituten, und 2) iure antiquiori bei Veräusserung der Güter eines Minderjährigen, imgleichen 3) in Ansehung des stillschweigenden Pfandrechts darauf beruhe, darf ich hier nicht weiter erinnern. Vinnius Lib. I. *select. Quaest.* Cap. 30 p. m. 177. hält dafür, daß in einer jeden von diesen drei Materien ein Eigener Begriff der gedachten Einteilung der Güter zum Grunde liege; folglich die Frage: welche praedia sind vrbana, und welche rustica? anders bei den Servituten, anders bei Veräusserung der Grundstücke eines Minorennen, oder unmündigen, und endlich anders beim stillschweigenden Pfandrechte eines Verpachters zu beantworten sei. Soviel ist ausgemacht, daß die gewöhnliche Erklärung, hergenom-

genommen aus dem Endzwecke und Gebrauch, wozu die Grundstücke bestimmt sind, durchgängig falsch sei. Man rechnet nemlich zu den vrbanis dieienigen, welche zur Wohnung und Vergnügen, zu den rusticis hingegen dieienigen, welche nicht zur Wohnung oder Vergnügen, sondern zum Feldbau, und dem damit verknüpften ökonomischen Nutzen gehören. Solchergestalt würden also die Scheuren, Viehställe, und sonstige Wirthschafts-Zimmer als rustica praedia anzusehen sein. Die Anzahl der Rechtsgelehrten, welche wirklich so philosophiren, ist sehr beträchtlich. Inzwischen haben unsere besten Civilisten schon lange angemerkt, daß die Gesetze selbst den Unterschied ganz anders bestimmen; cf. GERARD. NOODT *comm. ad Pand.* Lib. 8 tit. 3. J. O. WESTENBERG *in princip. iur. sec. ord. Inst.* Lib. 2. Tit. 3. §. 6. Im §. 1. I. *de Servit.* heist es ausdrücklich: *Aedificia omnia* vrbana praedia adpellamus, etsi *in villa* aedificata sint. Und in L. 198. D. de V. S. zählet Ulpian den Viehstall ohne Bedenken zu den Stadt-Grundstücken: *Urbana praedia* omnia aedificia, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et *si forte stabula sunt* vel alia meritoria in villis et in vicis. Mich über diese Materie im ganzen weiter zu verbreiten, finde ich desto weniger nötig, als bereits der berühmte

Herr

Herr Vice-Kanzler Koch in einer besondern Abhandlung: de Praedio vrbano et rustico, Ienae 1757. das Verhältniß der Sache aus ächten Quellen erläutert hat. Nur so viel das stillschweigende Pfandrecht eines Verpachters anbetrift, sei es mir erlaubt, folgende Betrachtung hinzuzufügen. Daß auch hier der gewönliche Begriff, so wie wir ihn angeführt haben, nicht zureiche, läst sich leicht erweisen. Wäre das pignus tacitum eines locatoris praedii vrbani nach gedachter Idee zu bestimmen: So müste folgen, daß bei vermieteten Scheuren, Dreschtennen, Viehställen u. s. w., welche die gemeine Erklärung nicht zu den vrbanis sondern rusticis rechnet, an den inferirten Sachen kein pignus statt finde; mithin gar kein Pfandrecht denkbar sei, denn fructus e re prouenientes fallen hier auch weg. Allein in unsern Gesetzen werden diese Grundstücke in gegenwärtiger Materie den vrbanis gleich behandelt. L. 3. D. *In quib. caus. pign.* Si *horreum fuit conductum*, vel diuersorium, vel *area* tacitam conuentionem de inuectis et illatis etiam in his locum habere putat Neratius, quod verius est. L. 4. §. 1. D. eod. *Stabula*, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint? dubitari potest. Et quidem vrbanorum sine dubio non sunt, quum a caeteris

aedificiis separata sint. *Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab vrbanis praediis differunt.* Ich glaube nach Anleitung dieser Gesetze die ganze Sache auf folgende zwei Grundsätze zurückführen zu können. 1) Im ganzen ist die Frage, welche Grundstücke sind in der Materie des stillschweigenden Pfandrechtes als praedia vrbana, und welche als rustica anzusehen? nach dem Gebrauch und Nutzen, wozu die Sache verpachtet worden, zu bestimmen, ob solcher nämlich darin bestehet, daß der Konduktor die natürlichen Früchte, welche die Sache hervorbringt, geniessen soll, oder darinn, daß er die Sache bewohnen, solche zum Vergnügen inne haben, und seine Güter darinn unterbringen und aufbewahren dürfe. Diesen Gebrauch und Nutzen soll der Konduktor nicht umsonst, sondern gegen Erlegung der Pension geniessen. Die Gesetze wollen daher, daß der Gegenstand des vsus, den der Pachter geniesset, dem Verpachter zur Sicherheit des locarii zum Unterpfande dienen soll. Ist also das verpachtete Grundstück von der erstern Art: so hat man ein praedium rusticum, und die Früchte, so die Sache hervorbringt, sind dem stillschweigenden Pfandrechte unterworfen. Besteht aber der Gebrauch, wofür das Pachtgeld entrichtet wird, nicht in perceptione fructuum,

qui

qui in fundo nascuntur, sondern in der Befugniß die Sache zu bewohnen, oder Güter darinn niederzulegen, und aufzubewahren: So ist ein praedium vrbanum vorhanden und der Inbegriff aller eingebrachten Stücke dem Vermieter stillschweigend verpfändet. Diese Theorie wird durch dasjenige, was die Gesetze von der, bei vermietheten Scheuren, Dreschtennen, Lustrevieren, und Viehställen eintretenden Hypothek, verordnen, und dadurch, daß bei praediis rusticis das Pfandrecht sich nicht weiter, als auf fructus ex ipsa re locata prouenientes, erstrecket, hinlänglich bestätigt. Um aber in dieser Sache gar keinen Irrthum zu begehen, ist noch das zweite Axiom hinzuzufügen: **In beyden erwähnten Fällen muß man nur das *principale*, nicht aber das *accessorium* zum Grunde legen.** Das Pfandrecht des Verpachters richtet sich allemal nach den Hauptgegenstand der Pachtung. Ist dieser also ein praedium rusticum: So geht auch das pignus blos auf die Früchte, nicht aber auf die Geräte und Sachen, welche der Pachter etwa in die zum Guthe gehörige Wohnung und Zimmer gebracht hat. Hingegen, wenn jemand dergleichen auf dem Lande belegene Gebäude allein, und nicht als accessoria eines gepachteten fundi in Miethe nimmt: So werden die inuecta und illata allerdings dem

Pfandrechte des locatoris unterworfen. Dies dient einenteils zur nähern Erläuterung der angeführten L. L. 3. und 4. §. 1. D. In quib. caus. pign., anderenteils aber auch zur bequemen Vereinigung dieser Gesetze mit andern, von uns gleichfalls oben bereits angeführten Stellen. Wenn nämlich in §. 1. I. de Seruit. alle Gebäude ohne Unterschied vrbana praedia genannt, ja in L. 198. D. de V. S. die Viehställe, sie mögen belegen sein, wo sie wollen, ausdrücklich dahin gerechnet werden, hingegen in L. 4. §. 1. D. In quib. caus. pign., auf die Lage wiederum Rücksicht genommen, und von den auf dem Lande befindlichen Ställen gesagt wird: *vrbanorum sine dubio non sunt*; quum a caeteris aedificiis separata sint: So darf und kann uns dies nicht weiter befremden. Denn 1) ist dasjenige, was bei den Servituten in dieser Hinsicht Rechtens ist, auf die Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte noch nicht sofort zu übertragen. Dort kommt es nur darauf an: ob die seruitus einem Gebäude inhaerirt, und dann ist sie immer vrbana. Es ist einerlei, ob ich meine Scheure, meinen Stall, oder ein anderes Gebäude auf meines Nachbaren Grundstück stützen darf. Hier in materia pignoris taciti ist es noch nicht genug, daß dem Konduktor Gebäude mit überlassen, und seine Geräte darinn eingebracht

bracht worden; sondern alles beruhet darauf, ob diese Gebäude *principaliter* gemietet, oder nur *accessorie* neben der Haupt-Sache dem Pachter überlassen sind. Ist das leztere: So richtet sich alles nach der Natur des principalis; und daher ist es zu erklären, warum in L. 4. §. 1. D. In quib. caus. gesagt wird, daß die stabula eigentlich nicht zu den vrbanis zu rechnen, indem von solchen die Rede ist: quae non sunt in continentibus aedificiis, sed a caeteris aedificiis separata sunt. Wie aber, wenn das erstere eintritt und diese, an sich zwar zum praedio rustico gehörende, oder wenigstens doch mit keiner Stadt-Wohnung verbundene Ställe und Scheuren ganz allein (principaliter) vermietet würden! Dann, sagen die Gesetze, gilt von ihnen quoad causam taciti pignoris eben dasjenige, was von praediis vrbanis verordnet worden.

§. 2.

So ausgemacht inzwischen die Regel ist, daß dem Verpachter eines praedii rustici an den mitgebrachten Geräten des Pachters kein gesezliches Pfandrecht zu stehe: So scheint doch die L. 5. C. de locato conducto derselben eine Ausnahme und Einschränkung zu geben. Das Gesez lautet also:

Certi iuris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur. Ueber den Sinn dieser Stelle sind die Ausleger sehr uneinig; Vielleicht haben sie aber selbst ein an sich nicht dunkles Gesetz durch mancherlei Wendungen zweideutig gemacht. 2) **Accursius** 3), **Sichard** 4), **Treutler** 5), **Brunnemann** 6), **Schoepfer** 7) und verschiedene andere Rechtsgelehrte haben behauptet, daß dieses Gesetz die sogenannten inuecta et illata dem Pfandrechte des Verpachters gleichfalls unterwerfe, wenn nur die Illation ihm nicht verborgen geblieben, sondern zu seiner Wissenschaft gekommen. Wozu, sagen sie, sonst die Worte, *quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis scientia domini?* Folgt nicht offenbar daraus, daß im entgegengesetztem Falle, wenn von einem Landgute die Rede ist,

die

die blosse Scienz des Verpachters von der geschehenen Einbringung der Sachen zum Pfandrechte hinreichend sei?

2) N' arrive-t-il pas souvent, qu'un homme, d'une capacité ordinaire, lisant une passage de l' Ecriture, ou une loi, l'entend fort bien, jusqu'a ce, qu' il ait consulté un interprete ou un avocat, qui apres avoir employé beaucoup de temps a expliquer ces endroits, fait en sorte, que les mots ne signifient rien du tout, ou qu'ils signifient tout ce, qu'il lui plait. LOCKE de l' Entendement Liv. 3. ch. 10. §. 12. Selbst unser JUSTINIAN druckt sich in seiner Instruktion zur Fertigung der Pandekten hierüber also aus: *Per contrarias interpretantium sententias totum ius pene conturbatum est. Const.* Deo autore §. 2.

3) ad L. 4. D. in quib. caus. pign.

4) ad Rubr. C. de pignorib.

5) Vol. I. Disp. 6. th. 3. Vol. 2. D. I. th. 4.

6) ad L. 5. C. de loc. cond. et L. 2. D. in quib. caus.

7) Lib. 20. Synops. Tit. 2. n. 4.

§. 3.

Allein das Unzutreffende dieser Erklärung fällt in die Augen. Schon der Anfang des Gesetzes:

Certi iuris est, zeigt deutlich, daß wir hier keine neue Verordnung, wodurch eine legale Hypothek eingeführet worden, sondern vielmehr ein, auf bereits bekannten Gesetzen ruhendes Erkenntnis vor uns haben. Nun ist in dem ganzen römischen Rechts-Körper keine einzige Stelle anzutreffen, die dem Verpachter darum schon ein Pfandrecht an des Pachters Geräten zueignen sollte, weil er es gewust, daß sie in das Gut gebracht worden, sondern alle in dieser Absicht vorhandene Gesetze, nehmen ausdrücklich bei Bauergütern die mitgebrachten Sachen des Pachters von solchem Pfandrechte aus, es wäre denn durch Verabredung ausbedungen, und bewilligt worden 8). Diejenige Erklärung also, deren Resultat nicht nur den übrigen vom Pfandrechte des Verpachters redenden Gesetzen, sondern auch aller Analogie der Rechte 9) entgegen gehet, kann unmöglich richtig sein 10).

8) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte §. 102. wo man sämtliche hieher gehörige Stellen antrift.

9) REINHARD BACHOV ad Treutlerum Vol. 2. Disp. 1. thes. 4. ibi: nec quisquam dixerit, colonum aliquid inuecturum necesse habere, desuper interpellare dominum, et posset vtique colo-

colonus captatis occasionibus vespertino tempore vel absente domino res necessarias inferre, et omnino *scientia* ab obligatione pignoris plane est remota.

10) Der Anhang: quando autem domus locatur, non est necessaria scientia domini ist ein sehr schwacher Grund jener Auslegung. Ich will mich bey der Conjectur nicht einmal aufhalten, daß man auch hier den Ausdruck scientia eben so gut, wie in andern Gesetzen, pro voluntate nehmen könnte. **Ulpian** wenigstens sagt L. 1. §. 1. D. si familia furtum: *Is autem accipitur scire; qui et potuit prohibere, scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem.* add. L. 3. 4. de noxal. act. L. 45. ad L. AQVIL. L. 1. C. de relat. Und wenn **Virgilius** Aeneid. X. 907. schreibt:

Iuguloque haud inscius accipit ensem.

So merket **Gerard Noodt** Comm. ad Pand. Lib. 26. Tit. 7. Oper. omn. T. 2. p. m. 429. aus dem **Servius** ganz richtig an: Litotes figura est. Non enim dixit non ignarus, sed expectans omnibus votis. Genug, daß nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes bei Landgütern, die Illation *voluntate* domini geschehen seyn soll, und wenn gleich bald darauf gesagt wird, daß bei vermieteten Stadtwohnungen nicht einmal scientia domini erforderlich sei:

So würde es doch allen Regeln der Auslegungskunst zuwider laufen, wenn man hieraus, ohne auf die Anfangsworte der Constitution weiter Rücksicht zu nehmen, schliessen wolte, daß bei praediis rusticis die blosse Wissenschaft des Verpachters auch da genüge, wo doch der Kayser ausdrücklich voluntatem voraussetzet.

§. 4.

Die mehresten Rechtsgelehrten sind daher der Meinung, daß in dem Gesetze, womit wir uns beschäftigen, von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede sey, dergestalt, daß die Worte, *voluntas*, *scientia*, nichts anders, als einen wirklichen Vertrag andeuteten, worinn der Pachter seine Habseligkeiten namentlich verpfändet habe 10). Der Sinn der Constitution würde also, nach der Erklärung des berühmten Herrn Prof. **Westphal** 11) dahin gehen: Bey Bauergütern ist es ausgemacht, daß die Geräthschaften mit Pfandrecht behaftet sind, wenn sich die Pachter mit den Eigenthümern ausdrücklich darüber einverstanden, bey Stadt-Grundstücken aber ist dergleichen Einverständnis nicht nöthig.

10) Unter andern lehren dieses IACOB CVIACIVS ad §. 7. I. de actionibus, vorzüglich aber ad L. 4. D de pactis. ARNOLD VINNIVS ad §. 8. I. de act. n. 9. VLRIC. HVBER Praelect. Lib. 20. T. 2. §. 9. HERRMANN VVLTEIVS Iurisprud. Rom. edit. Estor. §. 1693. MATTH. WESENBEC. Lib. 20. Dig. Tit. 2. §. 2. AMADAEVS ECKOLT ad Pand. eod. §. 3. IOH. VOET ad Pand. eod. §. 2. Non autem ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, iudicatote. cit. Const. Deo auctore §. 12. Nam et labuntur aliquando, et oneri cedunt, et indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum, quum Ciceroni interdum dormitare Demosthenes, Horatio vero Homerus ipse videatur. QVINCTIL. Lib. 10. Instit. orat. Cap. I.

11) a. a. O. p. 155.

§. 5.

Diese Meinung, ob sie gleich mehrern Schein, als die vorige hat, ist nichts desto weniger mancherlei Schwierigkeiten unterworfen. Schon andere haben dagegen erinnert, daß eine so klare, nicht dem geringsten Zweifel unterworfene Rechts-Frage: **Ob nemlich der Verpachter durch**

aus:

ausdrückliche Verabredung ein Pfandrecht erhalten könne: keiner Kayserlichen Entscheidung bedurft haben würde 12), ein Einwurf, der dadurch noch mehr geschärft werden könnte, daß, wenn auch dergleichen unbedeutende Anfrage an den Fürsten gelangt wäre, dennoch die darauf erfolgte Resolution nicht wol eine Stelle im Gesetzbuche verdienet haben würde. Allein ich trage doch Bedenken, dieses Argument ganz zu dem Meinigen zu machen; indem einestheils kein Widerspruch darinn liegt, daß klare Rechts-Fragen endlich an den Kayser selbst zur Entscheidung gebracht werden, wie denn auch noch in unsern Tagen durch Eigensinn und Streitliebe die Regierungen oft mit Sachen behelliget werden, die der unterste Unterrichter auszumitteln hinlänglich im Stande wäre, anderntheils aber weil man mehrere Constitutionen der Kayser, ob sie gleich nur solche Rechts-Sätze, die längst vorher schon bekannt waren, in sich fassen, nichts destoweniger in den Codex aufgenommen findet 13). Inzwischen sind doch noch Gründe genug vorhanden, welche der gedachten Auslegung entgegen stehen.

12) Herr Prof. I. L. E. PÜTTMANN Lib. 2. aduersarior. iuris uniuersi cap. 6. p. 76. ibi: Imperator non nisi inepte consultus fuisset, aut respondisset super ea quaestione: an inuecta in praedium rusticum conuentione pignoris expressa obligentur?

13) L. 2. C. de contrah. emt. vend. Emtionem et venditionem consensum desiderare, nec furiosi vllum esse consensum manifestum est. L. 7. C. de rei vindicatione. Partum ancillae matris sequi conditionem explorati iuris est. L. 11. C. si certum petatur. L. 6. C. de pact. L. 13. C. mandati u. a. m.

§. 6.

Der Imperator unterwirft dieienigen Illata dem Pfandrechte, quae voluntate dominorum coloni INDVXERVNT. **Die Einbringung** der Sachen selbst soll also voluntate domini geschehen sein. Daß dieses 1) ganz etwas anders im Munde führe, als wenn die Worte so lauteten: quae nominatim et expresse oppignorata sunt, wird die iuristische Empfindung und Sprachkunde des Lesers bezeugen. Denn wenn auch der Pachter seine inferenda ausdrücklich verpfändet

hat:

hat: so hängt es ja doch noch immer von seiner Willkühr ab, ob und welche Sachen er in das Gut bringen will 14); man kann also nicht behaupten, daß, weil dem Verpachter ein Pfandrecht an den illatis versichert worden, die **Illation selbst**, voluntate eius geschehen sei. Folglich würde der Imperator, wenn er mit den Worten, quae voluntate dominorum coloni induxerunt, nichts anders, als eine namentliche Verpfändung andeuten wollen, das wahre Obiekt des Gesetzes ganz unrichtig angegeben, und schief gestellet haben, eine Beschuldigung, welche den Urheber unsers Gesetzes, den Kayser **Alexander**, dem die Geschichte das Zeugnis giebt, daß er der Gesetzgebung eine ganz vorzügliche Sorgfalt gewidmet habe, in der That nicht treffen kann 15). Hätten 2) die Coloni, deren das Gesetz erwähnet, ihre Sachen ausdrücklich verpfändet gehabt; so konnte es ja in die Entscheidung keinen Einfluß haben, ob sie solche voluntate domini induciret hätten, indem des leztern Pfandrecht durch ausdrückliche Verabredung sodann hinlänglich begründet gewesen wäre, ohne daß es einer Rücksicht auf die Frage, ob die actuelle Illation vo-

lun-

luntate locatoris veranstaltet worden? bedurft hätte. Sollte nicht vielmehr einem Jeden der Gedanke hiebei natürlich werden, daß der Gesetzgeber, wenn er von einer expressen Hypothek verstanden sein wollen, solches gerade zu ausgedruckt, keinesweges aber, mit Uebergehung des eigentlichen Grundes der Hypothek, einen Umstand, woraus sie in solchem Falle gar nicht herzuleiten stehet, angezogen haben würde. Da nun aber gleichwol der Grund des Pfandrechtes, wie der Augenschein ergiebt, darinn gesetzet wird, quoniam coloni res suas voluntate dominorum INDVXERVNT; so kommt es auf alle Fälle 3) bloß darauf an, ob wir diesen Umstand, so wie er wörtlich da stehet, ohne den Fall einer ausdrücklichen Verpfändung, wovon im Gesetze kein Wort vorhanden ist, anzunehmen, als ein hinreichendes Fundament des Pfandrechtes erkennen können? Da nun dieses, wie unten §. 13. mit mehrern gezeigt werden wird, sehr gut angehet: So ist gar kein Grund vorhanden, welcher uns bestimmen könnte, eine andere, noch dazu sehr unbequeme Interpretation vorzuziehen 16).

14) L. 11. §. 2. Qui pot. in pignore.

15) Lampridius in vita Alexandri c. 10. ibi. Leges de iure populi et fisci moderatas et infinitas sanxit, *nec vllam constitutionem sacrauit sine viginti iuris peritis*. Man wird dieses Collegium der Rechtsgelehrten desto ehrwürdiger finden, wenn man die berühmtesten Juristen darin antrift. IOHANN CLERICVS in Comp. Histor. vniuers. p. m. 119. hat einige derselben genannt: Alexander princeps optimus, schreibt er, Iureconsultorum vtebatur consilio inter quos emicuere, Vlpianus, (vid. L. 4. C. de loc. cond.) Pomponius, Celsus, Modestinus Paullus, Proculus, et Venuleius.

16) Si nulla adsit coniectura, quae ducat alio, verba intelligenda sunt ex proprietate populari. Hugo Grotius Lib. 2. de iure B. et P. c. 16. §. 2.

§. 7.

Von diesen bisherigen Interpretationen gehet der verdienstvolle Herr Professor **Püttmann** 17) gänzlich ab. Er verstehet nämlich unter den colonis, von denen gesagt wird, quod voluntate dominorum res induxerint, nicht die Pachter selbst, sondern die Knechte derselben; und dies

dies vorausgesetzt, giebt er folgende Erklärung der gesetzlichen Stelle: Quaerebatur ſcilicet, an ea, quae coloni ſcientibus volentibusque dominis *ſuis* in fundum conductum ea lege, vt pignoris loco eſſent, induxerint, domino praediorum pignoris iure teneantur? Et reſpondet Imperator: certi iuris eſſe, ea quae voluntate dominorum (non fundi, vt adhuc omnes, quos ea de re conſului, intellexerunt, ſed) coloni in fundum conductum ea ſcilicet lege, vt mercedis nomine obligarentur, (quod Imperator, quia de eo haud dubitabatur praetermiſit) inducta fuerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. En vti dominos coloni a dominis praediorum, diſertis verbis diſtinxerit!

17) Lib. 2. Aduerſar. iur. vniu. c. 6.

§. 8.

So sehr ich aber auch die großen Vorzüge des Herrn **Püttmanns** in der eleganten Jurisprudenz verehre: so habe ich doch, ihm hierinn beizupflichten, mich nicht entschliessen können. Meine Gründe sind diese. Wenn man bisher unter den dominis, deren in L. gedacht wird, die

Verpachtere verstanden hat: so ist 1) diese Bedeutung der gewöhnlichen Sprache unserer Gesetze, wie aus mehrern Stellen deutlich erhellet 18), ganz angemessen, und die gegenwärtige Constitution enthält im übrigen nichts, welches uns bestimmen könnte, von solcher Bedeutung abzuweichen 19). Hätte 2) der Imperator den dominum colonorum, und den dominum fundi, wie Herr **Püttmann** schreibt, disertis verbis unterscheiden wollen: so hätte es das erste mal heissen müssen: quae coloni induxerunt voluntate dominorum *suorum*; allein diesen Charakter vermißt man gänzlich, und mit ihm die so ganz genaue Unterscheidung der Eigenthümer, welche Herr P. in dem Gesetze finden will. Siehet man aber 3) auf den übrigen Inhalt des Gesetzes: so wird es noch deutlicher, daß die Worte unmöglich in dem Verstande, als Herr Prof. **Püttmann** sie erkläret, genommen werden können. Denn dadurch, daß die Knechte des Pachters mit seinem Willen etwas in den gepachteten fundum bringen, entstehet noch nicht eo ipso ein Pfand-Recht, wenn es sonst nicht verabredet worden. Nun aber wird in unserm Gesetze die Hypothek daraus her-

hergeleitet, weil die Sachen voluntate domini inferirt worden. Um dieser Schwierigkeit auszuweichen, gedenkt Herr **Püttmann** sich die von den colonis geschehene Einbringung der Sachen: ea lege, vt mercedis nomine obligarentur; allein von diesem willkührlichen Zusatze ist in dem Gesetze selbst nicht ein Wort enthalten, und ohne Noth sind dergleichen Mittel nicht zu gebrauchen. Endlich läßt sich 4) die Püttmannsche Erklärung dadurch am besten widerlegen, wenn der Imperator, nachdem er von praediis rusticis verordnet hatte, daß die Sachen, quae voluntate domini inductae fuerint zum Unterpfande dienen sollten, folgendes hinzufüget: quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia *domini*. Daß nun hier eben ein solcher Eigenthümer verstanden werde, als derienige, von dem es kurz vorher hieß, quod eius voluntate res inductae sint, lehret der Augenschein, und die ganze Connexion des Gesetzes, indem das praedium rusticum und vrbanum einander darin entgegengestellet werden, daß bei jenem voluntas domini etwas bewürke, wozu bey diesem die Scienz desselben nicht einmal erforder-

lich sey. Soll also der Pachter selbst unter dem Eigenthümer verstanden werden: so würde aus Herrn Prof. **Püttmanns** Erklärung folgen, daß bey einer Stadt-Wohnung der Vermieter auch an denienigen Geräten des Miethmannes ein Pfand-Recht überkomme, welche von den Dienstleuten des letztern wider Willen und Wißen ihres Herrn in die Wohnung gebracht worden 20). Es bedarf wol keiner Erinnerung, daß der Kayser diesen Gedanken unmöglich hegen können, da die Gesetze bey Stadt-Grundstücken ausdrücklich erfordern, daß die Illation von dem Miethsmanne in der Absicht, die Sachen bei sich zu behalten, geschehen sei 21), viel weniger also ein Pfand-Recht zu behaupten stehet, wenn die Einbringung ihm selbst nicht einmal wißend geworden. Der fernere Inhalt der Constitution ist also mit jener Meinung des Herrn Professor **Püttmanns** nicht füglich zu vereinigen, und hierauf muß doch bei der Auslegung eines Gesetzes vorzüglich Rücksicht genommen werden, wie schon **Cicero** sehr richtig angemerkt hat, wenn er schreibt: Ex superiore, et ex inferiore scriptura docendum, id quod quaeratur, fieri perspicuum.

Quare

Quare si ipsa separatim ex se verba consideren-tur, omnia aut pleraque ambigua visum iri. Quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimari.

18) L. 14. L. 15. §. 4. et 8. L. 19. §. 2. 3. 5. D. L. 3. C. Locati cond.

19) Cauendum est vero, ne notiones nostras mutuo veteribus demus, deinde ex notionibus illis de eorum sermone iudicemus. IOH. CLERICVS in arte critica P. 2. C. 2. §. 11.

20) Herr Püttmann findet zwar kein Bedenken, an dieser Stelle unter dem domino wiederum den Vermieter zu verstehen; allein dann sehe ich nicht, wie der Nachsatz auf die vorhergehenden Worte (so wie sie nemlich von ihm erkläret sind) passen könne. Der Ausdruck: quando *autem* domus locatur, und die sodann folgende Verneinung: non est necessaria scientia domini zeigen es deutlich, daß beim praedio vrbano das nicht erforderlich seyn soll, was vorher beim praedio rustico vorausgesetzt worden, nemlich die mehrgedachte voluntas domini. Hierunter kann also, wenn man den ganzen Zusammenhang des Gesetzes nicht beleidigen will, unmöglich das erstemal der Pachter, und das zweitemal der Verpachter verstanden werden.

Omnis enim ſcriptor ſibi conſtare velle exiſtimandus eſt, ne ea protuliſſe videatur, quae inter ſe non cohaerent. EKHARD Lib. I. Hermeneut. iur. C. I. §. 14.

21) L. 7. §. I. D. in quib. cauſ. pign.

22) Lib. 2. de inuentione rhetor. cap. 40.

§. 9.

Die bisher angeführten Erklärungen ſind demnach, wenn man das Geſetz ſeinem ganzen Inhalte nach prüfet, nicht füglich anzunehmen. Es iſt aber noch eine Meinung übrig, die man zur Zeit als eine bloſſe Mutmaſſung betrachtet, und gleichſam nur beiläufig angeführet, keinesweges aber, ſo viel mir wiſſend iſt, gehörig aus einander geſetzet hat. Und gleichwol iſt es gerade diejenige Auslegung, von der man nach allen hermeneutiſchen Regeln mit ziemlicher Gewisheit behaupten kann, daß ſie den Sinn des Geſetzgebers am richtigſten darlege.

§. 10.

Zur Errichtung eines Pfandrechtes iſt es bekanntlich nicht durchaus nothwendig, daß der Schuldner ſeine Güter **namentlich** und ausdrück-

drücklich verpfände. Auch die stillschweigende Einwilligung desselben ist hinreichend 23), dergestalt, daß iede Verwillkührung, iede Handlung des Schuldners 24) woraus die Absicht, seine Güter dem Gläubiger zur Sicherheit anweisen zu wollen, hervorleuchtet, ein vollgültiges Pfandrecht bewirke 25), obgleich hievon namentlich gar keine Erwähnung geschehen. 26). Die Gesetze wollen schlechthin in diesem Punkte mehr auf die wahre Intention und Willensmeinung der Kontrahenten, als auf die Formalität des Ausdrucks gesehen wissen.

23) AVGVSTIN LEYSER Spec. 223. m. 3. L. 219. D. de Verb. Signif.

24) L. 5. § 2 D. in quibus caußis pignus etc.

25) Herr D. ERXLEBEN de Pignoribus §. 46. 47. 48.

26) L. 9. C. quae res pignori. Quum sit iustum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere.

§. 11.

Ein solches Pfandrecht, welches dem Gläubiger zwar nicht namentlich ertheilet worden, ie-

doch in einer klar zu Tage liegenden Intention des Debitoris gegründet ist, und von den Gelehrten pignus tacitum conuentionale genennet wird, 27) findet unter andern statt, 1) wenn der Schuldner aus gewissen Gütern dem Gläubiger seine Bezahlung verspricht 28). 2) Wenn er dem letztern seiner Forderung wegen den Besitz einer Sache einräumet 29), besonders 3) wenn der Locator dem Mietsmanne der aufgewandten Kosten wegen den Besitz der Sache so lange, bis er deshalb befriedigt worden, concediret 30). 4) Wenn der Eigentümer, dessen Sache von einem andern verpfändet worden, nachdem er solches erfahren, für den Schuldner Bürge wird 31). 5) Wenn der Schuldner dem Gläubiger die Befugnis erteilet, gewisse Sachen zum Verkauf zu bringen, sobald die Zahlung zur rechten Zeit nicht erfolgte: So wird angenommen, daß solche Sachen wirklich verpfändet worden *). 6) Wer eine Urkunde, darinn seine Sachen von einem andern verpfändet werden, ohne Widerspruch schreibt, oder unterschreibt, dessen Handlung wird als ein Merkmal seiner Genehmigung angesehen. **) Daher auch insbesondere 7) wenn ein Agnat

Ehe-

Ehepakten, die ein anderer mit seiner Ehefrau errichtet, und worinn derselben ein Lehngut zur Sicherheit der illatorum et lucrorum nuptialium specialiter verpfändet wird, unterschrieben hat, angenommen wird, daß er in die Verpfändung des ihm künftig iure agnationis zu Theil werdenden Guts consentiret habe. ***) In allen diesen, und mehrern Fällen ähnlicher Art, fehlet zwar die ausdrückliche Erwähnung eines Unterpfandes, allein man siehet doch offenbar, daß im Grunde die Absicht der Parteien auf nichts anders gegangen sei, und man kann daher dem Gläubiger solches beizulegen nicht das mindeste Bedenken finden.

27) IOH. NIC. HERTIVS de pignore conuentionali tacito in Eius Opusc. T, 3. Vol. 2.

28) MEVIVS P. 7. D. 49.

29) LEYSER loco citato. PETR. FRIED. MINDANVS behauptet zwar P. 1. Conf. Sax. 171. das Gegentheil, allein ohne Grund. I. H. BOEHMER in Diss. de diuerso pignoris et hypothecae iure Cap. 2. §. 9. hält gleichfals dafür, daß durch den stillschweigenden Konsens zwar wol eine Hypothek, nicht aber ein handhabend Pfand (pignus in specie) constituirt werde.

30) ERXLEBEN cit. l. Hert. c. l. §. 11.

31) L. 5. §. 2. D. in quib cauſ. Hert. l. c. §. 12.

*) L. 3. §. vlt. D. qui pot. in pign. VOET ad Pand. XX. 2. 1.

**) L. 26. §. 1. D. de. pignor. et hypoth. *Voet* loco cit.

***) PVFENDORF Tom. III. Obſ. 144. G. L. BOEHMER in Compend. iur. feud. Ed. 2. §. 318. Beiträge zur iuriſtiſch. Litterat. in den Preuß. Staaten, 2te Samml. pag. 121.

§. 12.

Geſetzt nun, der Pachter eines praedii ruſtici habe zwar ſeine inuecta et illata nicht ausdrücklich verpfändet, gleichwol aber ſich anheiſchig gemacht, **gewiſſe Sachen zu inferiren**, und zwar ſo, daß die Intention der Kontrahenten, das Pachtgeld dadurch zu ſichern, keinen Zweifel geſtattet: So iſt es ſchon nach der eben vorgetragenen, und mit andern Beiſpielen erläuterten Theorie der Rechte, nicht zu beſtreiten, daß erwähnte Sachen, ſo bald ſie inferiret worden, dem Verpachter zum wirklichen Unterpfande gereichen. Soll nemlich bey der Verpfändung auf den Willen des Schuldners allein Rückſicht genommen werden;

den; so ist es gleichgültig, ob er denselben mit ausdrücklichen Worten, oder sonst an den Tag geleget hat 32), und mit Recht schreibt daher **Franciscus Balduin** 33): Quum dominus ait, velle se, vt colonus eas res inferat, et ea conditione locat, non obscure videtur de earum pignore conuenire. Quorsum enim alioquin id paciscitur? Quum igitur satis adpareat, hoc actum esse, placet quod quidam sentiunt, tali conuentione pignus contineri.

33) Vortreflich sagt Cicero cap. 20. pro Caecina: Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? Voluntas; quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non vteremur, quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem — und ferner: id verum, id aequum, id vtile omnibus, spectari, quo *consilio*, et qua *sententia*, non quibus quidque verbis esset actum.

33) Comm. de pignor. et hypoth. c. 6.

§. 13.

Und von diesem Falle, glaube ich, ist in L. 5. C. de locato conducto einzig und allein die Rede.

Man

Man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, die Worte des Gesetzes, so wie sie da stehen, in eigenthümlicher Bedeutung zu nehmen. Der Imperator sagt: ea, quae voluntate dominorum coloni induxerint. Wollen wir uns hierunter nichts anders gedenken, als was der Text klar enthält: so versteht sich, daß die Induction der Sachen selbst voluntate domini geschehen seyn soll. Es entsteht demnach zuförderst die Frage, wann sich dieser Fall behaupten lasse? Angenommen, daß von Dingen, wobei unser Wille gar nicht concurriret, noch in Betrachtung kommt, keinesweges gesagt werden kann, daß sie voluntate nostra geschehen: so ist solches nach der Natur des Pachtkontraktes sehr bald entwickelt. Da nemlich der Conductor in der Regel freie Macht hat, seine Effekten in den fundum bringen zu lassen, ohne den Gutsherrn darum befragen zu dürfen 34); so kann voluntas hier nicht, wie in andern Gesetzen 35) pro patientia eius, qui prohibere potuerit, genommen werden. Wiederum hat der Verpachter an sich kein Recht, den Pachter zur Illation seiner Sachen zu zwingen. 36). Was bleibt also übrig, um sagen zu

können,

können, daß die Sachen voluntate locatoris ein-gebracht worden? Nichts anders, als der Fall, wenn der Verpachter sich solches ausdrücklich ausbedungen, und vom Pachter versprechen lassen, denn sonst käme ia, wie gesagt, sein Wille gar nicht in Consideration 37). Von solchen rebus voluntate domini inductis, heißt es nun im Gesetze: certi iuris est, ea pignoris iure teneri; ganz in Gemäsheit der oben vorgetragenen rechtlichen Theorie. Denn da die Wirklichkeit des Pfand-Rechtes nicht sowol von den Worten, als vielmehr von der wahren Meinung beider Theile abhängen soll: So konnte der Imperator kein Bedenken tragen, dem Verpachter solches beizulegen. Hierauf fährt er fort: quando autem domus locatur non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur; d. i. bei einer vermietheten Stadt-Wohnung, kommt es hierauf gar nicht an, indem der Vermiether an den Illatis, er mag sich darum bekümmert haben oder nicht, allemal ein gesezliches Pfand-Recht behauptet. Freylich würde auch hier das pactum de inferendo nicht ganz ohne Nuzen seyn, indem der Vermiether

sodann

sodann ein erworbenes Recht hätte, von dem Miethsmann die wirkliche Einbringung zu verlangen; allein das Pfand-Recht an sich braucht daraus nicht hergeleitet zu werden, weil es ipso iure statt findet, daher heist es, non est *necessaria* scientia domini etc. Wir mögen nun übrigens an dieser Stelle das Wort, Scientia, wie es in den Gesetzen nicht ungewöhnlich ist (§. 3. n. 10) pro voluntate nehmen oder eine blosse Wissenschaft darunter verstehen: so ist der Zusammenhang des Gesetzes doch immer gerettet; hält nemlich der Imperator bei Stadt-Grundstücken sogar die Scienz des Vermiethers, zur Wirkung des Pfand-Rechtes nicht einmal nöthig: So ist es desto gewisser, daß auch der Wille desselben dazu nicht erfordert werde.

34) REINHARD BACHOV ad TREVTLERVM Vol. 2. Disp. 1. th. 4.

35) L. 7. §. 1. D. ad S. C. Maced. L. 4. C. de fideicomm. libertat.

36) L. 5. C. in quibus cauf. pignus.

37) L. 209. de V. S.

§. 14.

Nimmt man nun diese Erklärung des Gesetzes an, wie sie denn in der That dem ganzen Inhalte desselben aufs genaueste angemeßen ist, und sich gleichsam von selbst darbietet 38), so ist nicht nur alle Schwierigkeit, in Ansehung der gewöhnlichen Lehre vom Pfand-Rechte des Verpachters aus dem Weg geräumet, sondern auch der anscheinende Wiederspruch der Gesetze völlig gehoben. Es bleibt bei der Regel, daß der locator praedii rustici blos an den Früchten ein gesetzliches Pfand-Recht behaupte, in Ansehung der Geräte des Pachters aber die Einwilligung des letztern erforderlich sey. Denn ob diese ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, ist einerley. Die Einwürfe, welche der Meinung, daß in L. 5. C. de locato conducto von einer namentlichen Verpfändung die Rede sey, entgegen stehen, können unsere Erklärung gar nicht treffen, auch derjenige nicht einmal, daß eine gar keinem Zweiffel unterworfene Rechts-Frage nicht füglich das Objekt der Kayserl. Constitution gewesen seyn können. Denn die Frage, ob diejenigen Sachen, deren Illation der Verpachter sich ausbedungen, demsel-

ben

ben zum Unterpfande gereichen, wenn sie gleich nicht namentlich verpfändet worden? Diese Frage ist doch wenigstens bey weitem so auffallend nicht 39), als die andere: ob nemlich *per expressam conuentionem* ein Pfand-Recht entstehe:

38) Selbst unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche dafür halten, daß in L. 5. C. de loc. cond. von einer ausdrücklich geschehenen Verpfändung die Rede sey, haben einige geäussert, das man allenfalß auch voluntatem locatoris de inferendo verstehen könnte. PETRVS MÜLLER in addit. ad STRVV. Exercit. 26. p. 28 behauptet zwar anfänglich: verbum voluntatis in d. l. 5. de conuentione expressa super pignore explicandum; er fügt aber bald darauf hinzu: neque ineptum neque stultum dicendum, intelligi posse in d. l. 5. directe et expresse pactum esse, de aliquo inferendo. Fast eben so drückt sich der oben angeführte BACHOV ad TREVTLER. Vol. 2. D. I. th. 4. hierüber aus: Verbum voluntatis de conuentione expressa super pignore explicandum est. Dari autem posset media sententia, vt conuentione de inferendo colligatur tacitum hypothecae pactum. Der berühmte Sam. de Cocceii Lib.

20.

20. Iur. Contr. Tit. 2. qu. 14. scheint ganz dafür zu seyn, wenn er schreibt: Si dominus voluit rem inferri, nulla alia ratio dari potest, quam quod Securitatis causa id voluerit.

39) Da sie aber gleichwol nach Gründen, die oben bemerkt worden, allerdings zu beiahen ist: So bedienet sich auch eben darum der Imperator des Ausdrucks: *certi iuris est etc.* Inzwischen hat es doch allemal seinen Nutzen, wenn Rechtswarheiten, die man bisher nur aus der Analogie herleiten konnte, durch den Buchstaben des Gesetzes zur völligen Gewißheit erhoben, und allem Streit entrissen werden; die vorliegende Constitution aber wird uns nach gegenwärtiger Erklärung desto interessanter, als zu der ohnehin noch nicht vollständig entwickelten Lehre vom stillschweigenden Konventional-Pfandrechte, ein Beitrag geliefert wird.

§. 15.

Der Grund dieses dem Verpachter zustehenden Pfandrechtes ist, weil man voraussetzet, daß die Contrahenten solches in der That bei Verabredung, gewisse Sachen zu inferiren, beabsichtiget haben. So bald dieser Grund ceßiret, fällt auch natürlich das Pfandrecht hinweg. Ist demnach

nach 1) ein anderer Endzweck der bedungenen Illation ausdrücklich bestimmt: so behält es dabei sein Bewenden, und die Sache entscheidet sich von selbst 40). Eben so verhält es sich, wenn 2) aus allen Umständen zu ersehen ist, daß die Intention der Parteien nicht sowol auf Verpfändung, als vielmehr auf einen andern Zweck gerichtet gewesen. Dem Gutsherrn liegt unstreitig viel daran, daß die Wirtschaft vom Pächter ordentlich betrieben werde, damit das Land nicht ausser Cultur gerathe, und seinen Wehrt dadurch verliere. Die Erfarung bestärkt den Ausspruch des Dichters:

Neglectis vrenda filix innascitur agris. 41)

Und die Gesetze machen es dem Pachter besonders zur Pflicht, sich einer regelmäßigen und ordentlichen Oeconomie zu befleißigen 42) Dazu ist er aber nicht im Stande, wenn ihm der erforderliche Viehbesatz, und die sogenannten Instrumenta rustica abgehen. Da nun der Eigenthümer nicht blos auf richtige Bezahlung des Pachtgeldes, sondern auch vorzüglich auf Erhaltung des Guts selbst Rücksicht zu nehmen, Ursache hat: So kann es ihm

nicht

nicht verdacht werden, ia er befolgt eine sehr nötige Cautel; wenn er sich im Kontrakte stipuliren läßt, daß der Pachter iene Nothwendigkeiten nicht nur inferiren, sondern auch, während der Pachtjahre ungeschwächt erhalten solle 43). Es frägt sich aber, ob ihm an diesen, solchergestalt volunte sua inferirten Sachen, vermöge L. 5. C. de loc. cond. eo ipso ein Pfandrecht zustehe? Ich glaube mit Recht solches verneinen zu können. Denn hier liegt ia offenbar eine andere Absicht, die Erhaltung des Gutes nemlich, und damit dieses nicht durch unordentliche Wirtschaft deterioriret werde, zum Grunde. Der Pachter wenigstens hat sich bei ienem Anverlangen des Locatoris mit Recht diesen Endzweck vorgestellet 44), folglich läßt sich auch seine Verwillkührung auf nichts weiter extendiren, am wenigsten aber mit der geschehenen Illation ein animus oppignorandi verbinden 45).

40) Eo enim, quo paciscentes volunt, modo, non aliter obligantur. Ill. HOEPFNER Element. Iur. Civ. HEINECC. emend. §. 773. n. v. z. B. Der Guths-Herr hat für sich und die seinigen gewisse Zimmer reserviret, und dabei ausbedungen, daß der Pachter gute Meublen, Betten u. d. m. dazu herbei schaffen solle, damit

er (locator) sich derselben bedienen könne. Der sonstige bürgerliche Haus-Rath des Pachters, (Friuola eiusdem, wie es Ulpian in L. 11. §. 5. D. de pignorat. act. nennet) ist aber zur standesmäßigen Aufnahme des Guths-Herrn nicht hinreichend. Es werden daher besondere Sachen zu diesem Endzwecke inferiret. Voluntate domini inducta sunt, allein nicht in der Absicht vt pignoris iure teneantur. —

41) PERSIUS Sat. V. Nisi enim vomere secentur iugera Cereris erunt ignara, nec rastro minus cultae vineae, Bachi muneribus potiuntur. IOH. BALTHAS. ROTH Diss. de noualibus th. 1.

42) L. 25. §. 3. D. loc. cond. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et *ante omnia* colonus curare debet, vt opera rustica *suo quoque tempore* faciat, ne *intem*pe*stiua cultura deteriorem fundum faceret.*

43) Oeconomia Forens. Tom. 3. p. 83.

44) „Es wird vermuthet, schreibt der berühmte „Herr Director von Tevenar daß je„mand durch eine ausdrückliche oder stillschwei„gende Handlung dasjenige zu erkennen geben „wollen, was dadurch gemeiniglich bezeichnet „wird." Theorie der Beweise im Civil-Proceß pag. 32.

45) CHRIST. THOMASIVS de remiſſione tacitacita pignoris per conſenſum in nouam oppignerationem §. 5. In quaeſtionibus enim de conſenſu tacito praeſumitur quis in factis habuiſſe hanc intentionem, quam alias habere ſolent homines probi.

§. 16.

Soll alſo das Geſetz (5. C. de loc. cond.) Anwendung finden, und dem Verpachter eines praedii ruſtici an den Illatis ein Pfandrecht beigelegt werden; **weil er die Einbringung derſelben gewollt hat**; ſo müſſen es ſolche Dinge ſeyn, die zur Wirtſchaft ſelbſt nicht gehören, die der Pachter haben, und nicht haben kann, ohne daß dem Gute ein Vortheil oder Schade entſtehe. Dann iſt es klar, daß die Illation lediglich zur Sicherheit des Pachtgeldes verlangt ſei; in andern Fällen aber würde der Grund des Geſetzes, mithin auch die Diſpoſition deſſelben ceßiren.

II.

Vom
pignore tacito subsidiario,
oder
der stillschweigenden
Willenserklärung der Kontrahenten
bei Verbindung
einer allgemeinen und besondern Hypothek;
und
ob die daher entspringende
Exceptio excussionis
nicht auch dem Schuldner selbst zu statten
komme?

§. 1.

Daß dem Pfandgläubiger, wenn er die Hypothek gegen einen dritten Besitzer verfolget, mancherlei Einreden entgegen stehen, deren sich der Schuldner selbst nicht immer bedienen darf, ist an sich eine bekannte Sache. Vorzüglich gehört dahin die exceptio, oder das sogenannte beneficium excussionis, welches im allgemeinen darinn bestehet, daß der Beklagte verlangen darf, der Kläger müsse zuförderst auf einem andern Wege seine Befriedigung suchen, ehe und bevor er seine gegenwärtige Intention geltend machen könne. Da nun dieses, wie ein ieder siehet, sich auf einer zwiefachen Art gedenken läßt: **Einmal**, wenn der Gläubiger auf **andere Sachen**, als dieienigen, welche er wirklich in Anspruch genommen, verwiesen wird; und **zweitens**, wenn Beklagter darauf dringt, daß der Kläger zuförderst eine **andere Person** ausklagen solle: So haben dieienigen 1) nicht unrecht, welche die exceptionem excussionis in Ansehung

des Gegenstandes, worauf der Kläger verwiesen wird, in realem und personalem abteilen.

1) LEYSER *Spec.* 225. *Med.* 3.

§. 2.

Von der leztern ist hier die Rede nicht. Es fällt in die Augen, daß der Schuldner selbst keinen Gebrauch davon machen könne. Von ersterer hingegen gilt die Regel: **Daß der Gläubiger, dem eine allgemeine, und besondere Hypothek erteilt worden, vor allen Dingen die leztere verfolgen müsse, und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, die zur generellen Hypothek gehörenden Sachen, in Anspruch zu nehmen, berechtigt sei.** 2)

2) L. 2. C. *de pignorib.* Quamuis constet, specialiter quaedam, et vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere; iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum: ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, inte-

interim tibi non auferri praeses prouinciae iubebit.

L. 9. C. *de distr. pign.* Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis, et solemniter vendere. Ita enim adparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini caetera etiam bona iure conuentionis consequi.

§. 3.

Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift liegt in der vermutlichen Willensmeinung der Kontrahenten, daß der Gläubiger **vorzüglich** aus der Special-Hypothek seine Befriedigung wahrnemen solle. Wozu sonst die besondere Verpfändung einer Sache, die schon unter dem allgemeinem Pfandrechte mit begriffen war? 3) Des **Leysers** 4) Meinung, daß obige Regel sodann wegfalle, wenn die allgemeine Hypothek aus Gesetzen herrührt, die besondere hingegen durch einen Vertrag mit dem Schuldner hinzugefügt worden, ist nicht gegründet. Denn ob er gleich seinen Satz dadurch bestätigen will, daß der Gläubiger, dem die Gesetze selbst ein allgemeines Pfandrecht beilegen,

legen, aller Vermutung nach, durch Hinzufügung des besondern Pfandes, seine Kondition nicht verschlimmern wollen, welches doch offenbar geschehen würde, wenn der Kreditor, dem vorher wegen der allgemeinen Hypothek die Wal unter des Schuldners Gütern zustand, nunmehro gezwungen sein sollte, erst die besondere auszuklagen: So fällt doch bei näherer Prüfung dieser Grund gänzlich dahin, weil er 1) unter diejenigen Argumente zu gehören scheinet, welche zuviel, folglich gar nichts beweisen. Denn auch der Kreditor, dessen allgemeines Pfandrecht nicht ex lege sondern ex conuentione herrührt, hat die Wal, welche Stücke er zuerst angreiffen will 5); man würde daher von ihm gleichfalls sagen können, daß er durch Annahme der besondern Hypothek seinen Zustand vermutlich nicht verschlimmern wollen; und folglich wäre hiernach die obige Regel ganz und gar ausser Anwendung. Es leidet auch 2) die Sicherheit des Gläubigers im Ganzen genommen darunter eben nicht, daß er zuförderst einen Versuch machen muß: ob er nicht durch das besondere Pfandstück befriedigt werden kann. Das übrige Vermögen des Schuldners bleibt ihm

in

in subsidium allemal verhaftet. Und wenn auch 3) mit der vorläufigen Ausklagung des besondern Pfandes diese oder jene Unbequemlichkeit, vorzüglich mancher Zeitverlust verbunden ist: So kann doch der Gläubiger, da er einmal eine Special-Hypothek neben der allgemeinen angenommen hat, den Folgen nicht ausweichen, welche nach Vorschrift der Gesetze aus dieser Handlung entspringen 6). Volenti non fit iniuria. Hatte er gleich vermöge der allgemeinen Hypothek die freie Wal unter des Schuldners Gütern; so wird doch Niemand leugnen, daß er an einen Vertrag, wodurch dieses Recht gewissermassen eingeschränkt wird, vollkommen gebunden sei. Da nun überdem die Gesetze klar verordnen, daß die Verbindung einer besondern Hypothek mit der allgemeinen die Wirkung haben soll, daß der Kreditor jene zuerst persequiren müsse: So ist nicht abzusehen, warum dieses bei einem allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte eine Ausnahme leiden sollte. 7)

3) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte. pag. 88.

4) LEYSER Spec. 225. Med. 7.

5) L. 8. D. de distr. pign.

6) *Ar-*

6) *Argum.* L. 17. §. 3. D. Commodati. L. 11. 12. §. 1. D. de R. C. L. 7. §. 1. D. *qui satisd. cog.* L. 25. D. *de Adopt.*

7) WESTPHAL l. c. pag. 90. ANT. FABER Error. Pragm. VI. 2.

§. 4.

Es frägt sich nunmehro: ob diese exceptio excussionis auch dem Schuldner selbst zu statten komme, oder ob sie dem klagenden Gläubiger nur von dem dritten Besitzer entgegen gestellet werden dürfe? Hier giebt es vorzüglich drei verschiedene Meinungen der Ausleger. Darinne sind 1) die mehrsten sich einig, daß der Debitor auf das erwähnte beneficium gar keinen Anspruch machen könne, sondern gänzlich davon auszuschliessen sey 8). Einige unter diesen behaupten aber 2) daß selbst dem dritten Besitzer solcher Einwand nicht immer zustehe, sondern nur in dem Falle, wenn er die Special-Hypothek des Klägers ebenmäßig als Pfandgläubiger inne hätte 9). Endlich fehlet es aber auch 3) nicht an bewährten Rechtslehrern, welche hier den Schuldner in ihren Schutz nehmen, und ihm die gedachte Rechtswolthat einzuräumen, kein Bedenken finden 10).

Ich

Ich glaube mich durch hinreichende Gründe rechtfertigen zu können, wenn ich den leztern in gewisser Hinsicht gleichfalls beitrete; nur wird es nötig sein, durch folgende Berichtigung des eigentlichen Streitpunktes allem Misverstande vorzubeugen.

8) VOET *Comment.* ad Pandect. Tit. de pign. et hypoth. §. 15. FABER in Codic. VIII. 6. 9. BRVNNEMANN ad L. 2. C. de pign. BERGER *in Elect. Disc.* for. p. 1630. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1084. WESTPHAL a. a. O. p. 88. Es wird genug sein, unter den vorzüglichsten einige genannt zu haben.

9) BRVNNEMANN ad L. 2. C. de pign. in fin. SOCINVS Vol. 2. Consil. 108. in fin. NEGVSANT *de pignorib.* P. 4. M. 1. n. 29. P. 5. M. 2. in fin. CONRADI in Dissert. de beneficio excussionis possessori hypothecae special. non competente.

10) IAC. CVIACIVS *Respons. Papin.* Lib. III. HARTM. PISTOR. P. III. *Quaest.* 13. MEVIVS P. II. Dec. 116. 117. P. IV. Dec. 48. SCHAVMBVRG in not. ad STRVVII iurispr. forens. II. 35. 20. Edit. nouiss. pag. 295. BOEHMER *de actionibus* II. 3. 102. STRYCK de Cautel. Contract. II. 4. 17. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 317.

Selbst

Selbst die Glosse ad L. 2. C. de pignorib. ist der letztern Meinung zugethan. Dies war ehedem schon viel, als man noch mit Warheit sagen konnte: Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita aduocati adorant glossatores pro euangelistis; volo enim potius pro me glossatorem, quam textum. Nam si allego textum, dicunt aduocati diuersae partis, et etiam iudices: *Credis tu, quod glossa non ita viderit illum textum, sicut tu?* RAPHAEL FVLGOSVS ad L. *Si solutum.* C. de obligat. et act. P. BAYLE dans le Diction. histor. et crit. art. *Accurse.* Diese Zeit ist glücklich vorbei. Unsere heutigen Richter und Advokaten sind mit den Quellen einer ächten Jurisprudenz zu sehr vertraut, als daß sie sich um den Wust der Glossen weiter bekümmern sollten. Wie aber, möchte Jemand einwenden, wenn in den vorstehenden Worten, statt der Glossatoren ein Brunnemann, oder Carpzow substituirt würde, um sie dadurch den neuern Zeiten anpassender zu machen? Difficile est, satyram non scribere —.

§. 5.

So viel ist ausgemacht, daß, wenn der Gläubiger blos mit einer allgemeinen Hypothek versehen ist, der Schuldner ihm nicht vorschreiben

könne,

könne, welche Sache er ausklagen solle: Die Gesetze geben dem Kreditor die freie Wal unter den Gütern des Schuldners 11). Nur davon ist gegenwärtig die Rede, wenn neben der allgemeinen Hypothek eine besondere erteilt worden, ob sodann der Debitor begehren dürfe, daß zuförderst die leztere zum Gegenstand der Pfandklage gemacht werde? Allein auch hier kommt es noch auf einen Unterschied an, welcher, wie es fast das Ansehen gewinnet, bisher bei diesem Dispüt nicht gehörig beachtet worden. Die Special-Hypothek, worauf der Schuldner den Gläubiger zuförderst verweisen will, ist entweder in den Händen eines Dritten, oder nicht. Daß im Ersten Falle der Einwand nicht statt finde, versteht sich von selbst, weil 1) die Intention des Schuldners dahin gehen würde, dem klagenden Gläubiger einen andern Beklagten aufzudringen, welches ohnehin schon ganz verwerflich ist; hiernächst aber 2) der Dritte Innhaber des Pfandes dem Gläubiger sofort an den Schuldner zurück weisen, und daß dieser erst ausgeklagt werden müste, mit Recht verlangen würde 12); und folglich 3) die exceptio excussionis schon ihrer Natur nach wegfällt,

fällt, weil der Kläger zeigen kann, daß er auf dem Wege, welchen der Beklagte zuerst versucht haben will, seinen Zweck nicht erreichen könne. Nichts kann daher gegründeter sein, als die Behauptung der Rechtsgelehrten, daß der Schuldner nicht ermächtigt sei, den Gläubiger an den dritten Besitzer der Special-Hypothek zu verweisen; 13) auf diese Gewährsmänner beruft sich aber derjenige vergeblich, welcher im allgemeinen den Satz aufstellet, daß dem Schuldner das sogenannte beneficium excuss. niemalen zu statten komme. Denn es ist noch der zweite Fall übrig, wenn nämlich das besondere Pfandstück nicht im Besitz eines Dritten sich befindet.

11) Creditoris *arbitrio permittitur*, ex pignoribus sibi obligatis, *quibus velit*, distractis ad suum commodum peruenire. L. 8. D. de distract. pign. Creditor autem fügt MEVIUS in Decis. II. 285. hinzu: generalem hypothecam anteriorem habens, postquam elegit rem vnam immobilem, seque in illam immitti petiit, ad aliam, in quam posterior creditor immissus est, venire nequit.

12) Daß der dritte Besitzer einer Special-Hypothek darauf dringen könne, daß der Hauptschuldner

ner erst ausgeklagt werden müsse, wird zwar von vielen ältern sowol, als neuern Rechtsgelehrten geleugnet. Nachdem aber der Herr Professor **Westphal** in seiner Systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte pag. 278. den wahren Sinn der Nov. 112. ganz ausser Zweiffel gesetzt hat: So sollte doch billig der Nebel endlich verschwinden. Die verschiedenen Meinungen, welche nach und nach in dieser Materie zum Vorscheine gekommen sind, hat der Herr Tribunals=Assessor **Quistorp** im Ersten Stück Seiner Beiträge N. 12. p. 154. u. folg. vollständig aufgeführet.

13) LEYSER Spec. 225. M. 5. Das Rubrum dieser Meditation lautet freilich allgemein, Debitor a creditore generalem et specialem hypothecam habente conuentus, exceptionem excussionis non habet; allein der eigentliche Gegenstand der Ausführung selbst scheint nach des Leysers eigenen Worten nur dieser zu sein: Debitor ipse a creditore conuentus hunc *ad tertium* pignoris specialis possessorem ablegare nequit.

§. 6.

Die wenigsten Ausleger haben diesen Fall in specie einer genauen Prüfung unterzogen. Nur

der berühmte Herr Prof. Westphal 14), welcher nicht gewohnt ist, eine Materie zu verlassen, ohne sie von allen Seiten untersucht zu haben, ist fast der einzige, der darüber etwas näher ins Detail zu gehen, sich die Mühe genommen. Er glaubt aber auch dann, wenn die Special-Hypothek nicht bei einem Dritten ist, dem Schuldner die erwähnte Einrede aus folgenden Gründen versagen zu können. 1) Der Pfandschuldner haftet auch ohne Verpfändung mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger; wenn dieser also blos eine persönliche Klage erhebt: So steht ihm frei, welches Stück der Güter seines Schuldners er will, zum Gegenstand der Hülfs-Vollnstreckung anzugeben. 2) Wer eine hypothekarische Forderung hat, kann auch, wenn er will, eine persönliche Klage gebrauchen, und sich der Pfandklage nicht bedienen; Steht ihm alsdann frei, ein blos der allgemeinen Hypothek unterworfenes Stück nach dem obsieglichen Urtel zur Rechtshülfe anzugeben: warum soll er solches nicht gleich anfänglich bei der Klage thun können? 3) Der Schuldner handelt allemal unrecht, daß er nicht bezahlt, und es ist daher billig, daß er das beneficium excuss.

nicht

nicht geniesse. 4) In allen andern Fällen, wo ein dritter Besitzer sich dieser Rechtswolthat bedienen kann, ist dieselbe dem Schuldner abgeschnitten, warum soll sie ihm eben in diesem einzigen Falle zustehen. 5) L. 9. C. de distr. pign. (§. 2. n. 2.) erweist ebenfalls den Satz, daß der Pfandschuldner selbst auf die Ausklagung des besondern Pfandrechts verweisen könne, nicht deutlich; es scheint vielmehr der Fall darinn zum Grunde zu liegen, da die Klage gegen den Schuldner aus dem besondern Pfandrechte schon erhoben war, und die Sache auf der Exekution beruhete. Die Worte: debitoribus detrectantibus solutionem, geben diese Vermutung, und daß bereits der vorzunehmenden Veräusserung des Pfandes gedacht wird. Die Gläubiger mochten Lust haben, andere Sachen zur richterlichen Hülfs-Vollnstreckung anzuweisen, und wollten also von ihrer Klage abgehen. Der Grund, warum sie solches thun zu können glaubten, mochte sein, weil man das Objekt der Exekution nach Willkühr benennen kann. Allein die Kaisere verwarfen ihr Vorhaben. Vermuthlich, weil durch die erhobene Klage und erfolgte Litiscontestation zwischen ihnen

und denen Schuldnern ein Vertrag errichtet worden, daß sie sich vor der Hand blos an das Special-Pfand halten wollten. Die Litiscontestation ist ein Quasi-Kontrakt, und gestattet weiter keine Veränderung in der Sache.

14) a. a. O. p. 88. 89.

§. 7.

So scheinbar diese Gründe auch sind; So läst sich doch mit völliger Zustimmung der Gesetze und des Rechts folgendes dagegen erwiedern. Das vorzüglichste Argument, worauf der Herr Professor seine Meinung stützet, ist der angenommene Grundsatz, daß der Gläubiger auch ohne Pfand-Recht die Wal habe, welches Stück aus den Gütern des Schuldners er zum Gegenstand der Hülfs-Vollnstreckung angeben wolle. Da aber die Gesetze selbst eine Ordnung vorschreiben, nach welcher die Exekution in den Gütern des Schuldners der Reihe nach geschehen soll: So ist diese Prämisse an sich schon nicht durchgängig zuzugeben. 15) Und überdem folgt es auch nicht, daß der Kläger das künftige Objekt der Hülfs-Vollnstreckung auch schon zum Gegenstand der

Kla-

Klage machen, und auf die Abtretung des Besitzes bis zu seiner Befriedigung agiren dürfe. Das leztere ist aber bekanntlich der Endzweck der hypothekarischen Klage; und man siehet daher wol, daß von denen nach erfolgter rechtskräftigen Verurteilung quoad executionem eintretenden Befugnissen des Gläubigers schon bei Anstellung der Klage noch kein Gebrauch zu machen. Dieses nun vorausgesezt: So kann ich, was den Ersten, und Zweiten Grund des Herrn Prof. Westphal anlangt, immer zugeben, daß einenteils der Schuldner auch ohne Verpfändung mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger verhaftet sei, und anderenteils der leztere, ohne von seinem dinglichen Rechte Gebrauch zu machen, die persönliche Klage erheben könne. 16) Allein die Folgen, welche der Herr Professor daraus ableitet, sind meiner Meinung nach nicht treffend. Denn obgleich der Schuldner mit allen seinen Gütern für die Schuld haftet: So giebt dieses doch dem Gläubiger nicht einmal das Recht, nach unbeschränkter Willkühr den Gegenstand der Hülfs-Vollnstreckung anzugeben; er ist verbunden, der Ordnung, welche ihm die Geseze vor-

 schrei-

schreiben, nachzugehen; und wiederum ist der alleinige Umstand, daß dieses oder jenes Stück aus den Gütern des Schuldners künftig einen Gegenstand der Hülfs-Vollnstreckung abgeben wird, bei weiten noch nicht hinreichend, die Auslieferung solcher Sachen schon im Klaglibell verlangen zu können. Davon kann nicht ehender, als nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung die Rede sein. Wollte nun der Gläubiger statt der hypothekarischen Aktion die persönliche Klage gegen den Schuldner erheben: So würde die anticipirte Angabe des Gegenstandes der Rechtshülfe sehr unschicklich sein, weil sie in das Klagschreiben nicht gehört; Vielweniger ist dasjenige, was dem Gläubiger seiner persönlichen Forderung wegen, **wenn es damit bis zur Exekution gekommen**, zusteht; auf die hypothekarische Klage zu übertragen; Sonst würde folgen, daß der Kreditor, dem einer ansehnlichen Forderung halber ein unzureichendes pignus speciale erteilt worden, gegen den Schuldner die actionem hypothecariam auf mehrere Sachen, als dieser wirklich verpfändet hat, erweitern dürfte, weil schon der persönliche Anspruch ohne Verpfändung das Recht giebt, sol-

che

che Stücke zu Gegenständen der Hülfs-Vollnstreckung anzugeben. Wollte man hiegegen einwenden, daß hier der Fall vorausgesetzt werde, da dem Gläubiger an allen Gütern des Schuldners ein wirkliches Pfand-Recht zusteht, mithin demselben auch bei der eigentlichen Hülfs-Vollnstreckung unter allen verpfändeten Sachen die Wal gebühre 16): So würde solches in eine petitionem principii ausarten. Denn eben unsere ganze Streitfrage beruhet darauf, ob diese Wal nicht in dem Falle gewissermassen eingeschränkt zu achten, wenn neben dem allgemeinen noch ein besonderes Pfand-Recht konstituirt worden.

15) L. 15. §. 2. D. *de Re iudic.* Primo quidem res mobiles pignori capi iubent, mox distrahi, quarum pretium si suffecerit, bene est; si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent, et distrahi. Quodsi nulla mouentia sint, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent: Si mouentia non sint, vt soli quoque capiantur. Nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quodsi nec quae soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc peruenietur etiam ad iura. Exsequuntur igitur rem iudicatam Praesides isto modo.

16) L.

16) L. 14. 24. C. de pignorib.

17) G. A. STRUV. iurisprud. forens. Lib. IV. Tit. 20. §. 3.

§. 8.

Anlangend den dritten Grund: So ist die Regel, daß eine Rechtswolthat denen billig zu versagen, welche sich derselben unwürdig gemacht haben, hier ausser Anwendung. Denn 1) stehet es überhaupt dahin, ob man die Befugnis, den Gläubiger, welcher ein pignus generale und speciale erhalten hat, zuförderst auf das leztere zu verweisen, eine Rechtswolthat, (beneficium) nennen könne? Liegt doch der Grund dieser Befugnis selbst in der ipso facto erklärten Willensmeinung der Kontrahenten! — Rechte, die hieraus abgeleitet werden, sollte man billig nicht als Rechtswolthaten ansehen —. 2) Daß der Schuldner unrecht handelt, wenn er seinen Gläubiger unbefriedigt läßt, ist freilich wahr, daß aber dieses auf die Bestimmung unserer Rechtsfrage eigentlich keinen Einflus habe, ist eben so gewis. Denn ist es zu erweisen, daß der Schuldner in Beihalt der Gesetze sich dieses Einwandes bedienen

dürfe:

dürfe: So muß er ihn ia natürlicher Weise in dem Falle zur Hand nehmen, wenn er den Gläubiger nicht bezahlt hat. Läßt sich aber solches mit den Gesetzen nicht vereinigen: So ist das erwähnte Argument ohnehin überflüßig. Da nun aber ienes sich in der Folge deutlich ergeben wird; So siehet ein ieder leicht ein, daß, ob es gleich nicht zu billigen, wenn der Schuldner die ihm obliegende Zahlung verzögert, dieses doch bei weiten nicht hinreiche, ihm erworbene Rechte zu entziehen, ohne daß die Gesetze selbst seine Handlung dergestalt beahndet wissen wollen. Daß viertens in allen andern Fällen, wo ein Dritter sich dieser Einrede bedienen darf, dem Schuldner selbst solche abgeschnitten worden, hingegen gerade in diesem einzigen Falle ein anderes zu behaupten sei, ist daraus sehr leicht zu erklären, weil hier die Umstände sich genau so verhalten, daß der Schuldner auf den gedachten Einwand Anspruch machen kann. In den übrigen Fällen tritt darum das Gegenteil ein, weil die exceptio excussionis dorten zu dem Ende opponirt wird, um den Gläubiger an eine andere Person zu verweisen, mithin ihm einen andern Beklagten aufzubrin-

zudringen. Dies ist dem Debitor selbst durchaus nicht zu gestatten. Der Grund der Verschiedenheit fällt also in die Augen.

§. 9.

Durch das **fünfte** Argument sucht der Herr Professor **Westphal** eine Gesetzstelle, die ihm in der That entgegen ist, auf seine Seite zu lenken. Wenn man aber die Worte selbst mit Aufmerksamkeit nachlieset: So wird man sehr bald überzeugt, daß es an hinreichenden Gründen fehle, um der davon gemachten Erklärung beizupflichten. Daß der Gläubiger zuerst die Special-Hypothek wahrnehmen, und dann erst, wenn er dadurch nicht befriedigt worden, aus dem allgemeinen Pfandrecht hervorgehen solle, ist klar in dem angeführten Gesetze, (L. 9. C. de distr. pignor.) enthalten. Und daß diese Verordnung in einem Falle ergangen sei, da der Gläubiger es mit dem Schuldner selbst zu thun gehabt, giebt der Herr Professor **Westphal** gleichfalls zu; Folglich wird es über die Frage, ob erwehntes Gesetz unsere Meinung bestättige? keines weitläuftigen Streits bedürfen. Der Grund, warum dem

Gläu-

Gläubiger das unbeschränkte Walrecht hier dergestalt limitiret wird, daß er zuförderst gewisse Stücke verfolgen muß, wird, wie der Buchstabe des Gesetzes ergiebt, nicht daraus hergenommen, weil der Kreditor diese Sachen bereits einmal zum Gegenstande der Klage gemacht hatte, sondern **weil ihm neben der allgemeinen Hypothek eine besondere daran erteilt worden.** Es heißt: *Quae specialiter vobis obligata sunt*: Nicht aber: De quibus actio semel mota est, oder quae in actionem a vobis deducta sunt —. Wäre letzteres der Grund der Legislation gewesen: So kam es ia auf den Umstand, daß die Sachen besonders verpfändet worden, gar nicht an. Es würde das nämliche eingetreten sein, wenn auch der Kreditor Sachen aus dem allgemeinen Pfandrechte einmal bereits in die Klage gebracht hätte, nachher aber eine Veränderung vornehmen wollen. Ist es wol vermutlich, daß die Gesetzgeber das Hauptcriterium, worauf die ganze Verordnung sich stützen sollte, mit keinem Worte erwähnt, dagegen aber einen Umstand, der an sich auf die Entscheidung nicht den mindesten Einflus gehabt, zur Grundlage des

Gese-

Gesetzes gemacht haben sollten. Mit keinem Worte finden wir es angemerkt, daß der Gläubiger, nachdem er bereits aus der Specialhypothek geklagt, und damit bis zur Execution fortgefahren, eine Veränderung vornehmen, und andere Stücke zur richterlichen Hülfsvollstreckung anweisen wollen. Der ganze Fall, wie ihn der Herr Professor **Westphal** sich bildet, hat so viel eigenes, daß man, ohne die mindeste Spuhr davon in dem Gesetze selbst anzutreffen, ihn nicht wol dabei zum Grunde legen kann. Der Ausdruck: Debitoribus detrectantibus solutionem, und daß der vorzunehmenden Veräusserung gedacht wird, rechtfertigt solches bei weiten nicht. Denn, sobald der Debitor in mora ist, heist es mit Recht, quod solutionem detrectet; diese Worte beschränken sich also nicht **alleine** darauf, wenn er es bis zur Exekution hat kommen lassen —. Daß aber der Veräusserung gedacht wird, setzt wiederum nichts weiter zum voraus, als, daß die Schuld liquid, und der Debitor in mora sei —. Ich muß aber hiebei noch eine Anmerkung machen, welche die mit der gegenseitigen Erklärung verknüpfte Schwierigkeit noch vergrössern wird. Wäre die

Frage, welche das Gesetz entscheidet, allererst in termino executionis, wegen einer in Ansehung des Gegenstandes der letztern vom Kläger intendirten Veränderung, zur Anrege gekommen: So ist es sehr bedenklich, warum bei der Specialhypothek der Gläubiger bereits zur Veräusserung angewiesen, hingegen, so viel die Sachen aus der allgemeinen Hypothek anbetrift, solches nicht ebenfalls sofort verordnet wird. Nachdem nämlich in Ansehung des besondern Pfandes die Vorschrift erteilt worden: bona fide debetis et solemniter vendere: So war noch die Bestimmung übrig wie es zu halten, wann der Gläubiger daraus seine Befriedigung nicht ganz erhalten würde. Es verstand sich von selbst, daß sodann die Reihe auch die übrigen Güter des Schuldners treffen muste; allein von diesen heist es doch in unserm Gesetze nicht, daß sie in solchem Falle sofort zum Verkauf gebracht werden sollten, sondern die Worte lauten dahin: Quodsi quid deerit, non prohibemini, caetera etiam bona *iure conuentionis consequi.* Ich weiß wol, was sich hiegegen noch erinnern liesse. Der Gläubiger erhält ja die Sachen zu dem Ende, um durch ihren Verkauf

kauf zu seiner Bezahlung zu gelangen. Allein unter den Umständen, welche der Herr Prof. Westphal bei der Verordnung voraus sezt, und wo die ganze Streitfrage auf den sofortigen Verkauf beruhet hätte: würde aller Vermutung nach auch bei den übrigen bonis der Distraktion geradezu gedacht sein. In allem Betracht aber ist so viel gewis, und die Folge wird es nur zu deutlich ergeben, daß Worte und Ausdruck dieses Gesetzes von einem andern Falle, den der Herr Prof. W. gänzlich davon ausschliessen will, weit natürlicher zu erklären sind.

§. 10.

Bisher haben uns die Argumente des Gegenteils beschäftiget. Diese können inzwischen unzulänglich sein, und doch die Sache an sich ihre gute Richtigkeit haben. Sehr oft wurden Wahrheiten aus unrichtigen Gründen verteidigt. Um daher nunmehro unsern Saz hinlänglich zu erweisen: So setze man den Fall: **Sempronius** besizt zwei Häuser; das Eine, welches wir A nennen wollen, und von ihm selbst bewohnt wird, ist der Lage und innnern Einrichtung nach seinem

Ge-

Gewerbe und Verhältnisse vorzüglich angemessen; das andere B hingegen am Werthe ungleich beträchtlicher, nur der Person des Eigenthümers nicht so bequem, und vorteilhaft. Er borgt vom **Mevius** ein Kapital, nnd verpfändet dagegen sein ganzes Vermögen; insbesondere aber das Haus B. Die Zahlungszeit verstreicht, und **Sempronius** ausser Stande, die Schuld baar zu tilgen, wird vom **Mevius** ex hypotheca generali auf die Abtretung des Hauses A. belangt. Angenommen nun, daß der Gläubiger keine andere Ursache als das bekannte: stat pro ratione voluntas dieser Auswal wegen für sich anführen könne? So ist meinem Bedünken nach der Schuldner aus folgenden Gründen ganz offenbar berechtigt, mittelst Vorschüßung der except. excuss. den Kläger vor allen Dingen an die Specialhypothek zu verweisen.

§. 11.

Daß 1) die natürliche Billigkeit das Vorhaben des Schuldners unterstüze, fällt in die Augen. Der Gläubiger muß ia zufrieden sein, wenn er das Seinige erhält. Kann er nun nicht

weisen, daß er solches weder ganz noch zum Theil aus der Specialhypothek überkommen könne 18), was mag ihn berechtigen, ohne damit einen Versuch gemacht zu haben, andere Sachen des Schuldners lediglich seinem Eigenwillen aufzuopfern. 19) Man wende nicht ein, daß dieser Grund auch bei der allgemeinen Hypothek, wenn keine besondere damit verknüpft worden, eintreten, folglich der Schuldner auch dann berechtigt sein würde, des Gläubigers Auswal zu beschränken, und ihm statt der verlangten Stücke, andere nach eigener Bequemlichkeit aufzubringen, welches doch den Gesetzen unstreitig entgegen gehet (§. 5.). Die Fälle sind nicht gleich. Denn ist blos eine allgemeine Hypothek vorhanden; so läßt sich keine andere Absicht der Parteien gedenken, als daß der Kreditor berechtigt sein soll, sich indistincte an des Schuldners Güter zu halten. Ihm muß also die Wal verbleiben. Vergeblich würde der Pfandschuldner sodann die Billigkeit für sich anrufen, da seine eigene Verwillkührung oder wenigstens doch der Wille des Gesetzgebers dem Gläubiger ein *ius perfectum* zugesichert hat, nach seinem Gutbefinden das verpfändete Vermögen anzugreifen.

sen. Wem ist es unbekannt, daß allein die Billigkeit noch nicht hinreicht, den Richter auf unsere Seite zu lenken, wenn wir auf vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten keinen Anspruch machen können 20). Ganz anders aber verhält sich die Sache, wie wir sogleich näher erkennen werden, wenn der Gläubiger, sich selbst mit dem Schuldner dahin vereinbaret, daß neben der allgemeinen Hypothek noch eine besondere statt finden soll.

18) Dem klagenden Gläubiger liegt hier unstreitig der Beweis ob. Denn da ihm die Gesetze nur erlauben, in dem Fall die allgemeine Hypothek zu verfolgen, wenn er durch die besondere nichts mehr erlangen kann: So ist natürlich, daß, wenn der Kreditor ex hypotheca generali hervorgeht, er den Richter überzeugen müsse, der Fall, da die Gesetze solches gestatten, sei wirklich vorhanden. MYNSING. Cent. VI. Obs. 94 N. 3. NEGVSANT. de pignor. P. V. M. 2. N. 52. COVARRUV. Lib. 3. variar. resolut. Cap. 18. N. 1. HARTMANN PISTOR P. III. Quaest. 13. n. 21. Diese Rechtslehrer setzen den Grund des dem Kläger obliegenden Beweises darinn: Hypotheca specialis semper in dubio praesumitur idonea hinc pro-

 batio

batio illi incumbit, qui illam insufficientem esse contendit. Vielleicht ist dis nicht so ganz accurat geredet; denn nach dem gewöhnlichen Begriff einer Vermutung sowol, als auch nach der richtigern Erklärung, welche der Herr von **Tevenar** in seiner Theorie der Beweise im Civil-Proceß davon giebt, dürfte der bejahende Satz: *hypotheca specialis semper in dubio praesumitur idonea* etwas unbequem sein; Richtiger ist unstreitig die Negative: Es wird **nicht vermuthet**, daß die Special-Hypothek zu des Klägers Befriedigung untauglich sei; folglich muß er, weil er solches vorgiebt, den Beweis übernehmen.

19) Non sine Malitia est, quum, si sine alterius incommodo suum quis consequi possit, illam viam eligit, quae alteri nocet. MEVIUS l. c. L. 38. D. de Rei vind. L. 2. §. 5. de aqu. et aqu. pluv. Cap. 15. 23. X. de Rescr.

20) ERNST. IOH. FRID. MANTZEL *de limitibus iustitiae, aequitatis, iuris aggratiandi, et arbitrii iudicis.* Rostochii 1747. ERN. GOD. BAUER *de aequitate a iustitia naturali diversa.* Lips. 1765. Der Richter darf und soll das menschliche Gefühl nicht ablegen; allein es muß nicht in weinerliche Empfindelei ausarten. Die Justiz ist nicht wol daran, wenn ihre Handhabung den Siegwarts anvertrauet wird.

§. 12.

§. 12.

Diese Verbindung der allgemeinen und besondern Hypothek muß doch 2) so wie eine jede rechtliche Handlung ihre Absicht und Wirkung haben 21). Mehrere Sicherheit kann wol dieser Zweck so eigentlich nicht sein; denn der Kreditor hatte ja schon vermöge des allgemeinen Pfandrechts ein dingliches Recht an allen Gütern des Schuldners; mithin auch an der Sache, welche ihm nun noch besonders verpfändet worden. Das leztere würde also ganz unnüz und überflüßig sein, wenn nicht eine Intention der Parteien daraus hervorleuchtete, welche nach einstimmiger Behauptung der Rechtsgelehrten dahin gehet, daß die Special-Hypothek **vorzüglich**, das übrige Vermögen hingegen nur *in subsidium* der Gegenstand sein sollte, woran sich der Gläubiger zu halten hätte. Da die Ausleger, sie mögen nun übrigens für, oder wider uns sein, diese Intention der Kontrahenten wirklich annehmen 22): So ist es in der That sonderbar, wenn man dem Schuldner kein ius perfecte quaesitum daraus gestatten, sondern alles zum besten eines dritten erklären will, da doch 3) alle Verträge ihrer Na-

tur nach ein vollkommenes Recht unter den Kontrahenten wirken, und der Gläubiger sich unter allen Umständen zu dem bequemen muß, was seine mit dem Schuldner getroffene Verabredung mit sich bringet; ja er ist in dem Falle, wenn er es mit dem letztern selbst zu thun hat, desto augenscheinlicher daran gebunden.

21) *Argum.* L. 24. §. 1 D. de Legat. 2. L. 12. D. de Reb. dub.

22) Die Ursach, schreibt Herr Prof. **Westphal** p. 88, muß in der vermutlichen Willensmeinung der Kontrahenten zu suchen sein, weil die getroffene Verabredung anderer gestalt gar keinen Nutzen hätte. Hiemit stimmt auch überein BACHOV de pignor. Lib. IV. C. 5. n. 2. Qui duplicem hypothecam accipit generalem et specialem, hoc ipsum agere videtur, *vt illa sit subsidiaria*; imgleichen MEVIUS l. c. Hoc proficiscitur ex tacita mente contrahentium, quae talis fuisse per legem praesumitur; nicht weniger HARTM. PISTOR l. c. n. 9. Quando quis tam specialem, quam generalem hypothecam accipit hoc tacite, actum videtur, vt, si sufficiat specialis, non sit habenda ratio generalis, sed tum demum perueniatur ad caetera bona, quando non sufficeret res specialiter designata; alioquin nihil fuisset causae, cur vna

cnm

cum genere species illius generis aliqua pignori accipiatur. CONNAN Lib. IV. iur. ciuil. C. 17. n. 6. ANTON FABER Lib. VI. Coniect. cap. 16. u. a. m.

§. 13.

Zwar wird hiegegen von einigen 23) erinnert, daß der Vertrag nicht ohne Nutzen sei, sondern immer noch seine gute Wirkung behalte, wenn solche gleich nicht auf den Schuldner selbst gezogen würde. Hierauf kömmt es aber meiner Meinung nach nicht alleine an. Wahr ist es, daß auch der dritte Besitzer, er mag selbst creditor sein, oder nicht 24), aus jener Vereinbarung ein Recht erhält, den Gläubiger zuförderst auf die Special-Hypothek zu verweisen; Sollte sich aber wol die eigentliche Absicht der Parteien unmittelbar auf das künftige Interesse eines Dritten beschränken? Wer dies behaupten, und dagegen, daß der Schuldner sich selbst durch diese Vereinigung in etwas zu prospiciren, Willens gewesen, gänzlich leugnen wollte; der müste die Denkart der Menschen, und die gewöhnliche Triebfeder rechtlicher Geschäfte nicht kennen. Gleichwol ist die wahre Intention der Kontrahenten,

ten, nicht aber der Umstand, daß per accidens auch ein Dritter darunter profitiren kann, hier eigentlich dasjenige, was unserer Frage die Auflösung giebt; und da der Gläubiger in die Annahme eines besondern Pfandes neben dem allgemeinen willigt: So muß er auch dem Schuldner die Rechte gönnen, welche so unstreitig daraus herfliessen 25).

23) Westphal a. a. O. p. 89.

24) HARTM. PISTOR l. c. n. 9. 12. 19.

25) Es wäre denn, daß er deutlicher geredet, und durch die bekannte Klausul: Saluo iure variandi, oder ne generi species deroget, sich des freien Walrechts wiederum versichert hätte.

§. 14.

Die Sache wird 4) noch auffallender, wenn wir uns den Fall gedenken, daß der Gläubiger ausser der allgemeinen Hypothek noch ein besonderes pignus **wirklich bereits in Händen** hätte. Würde es nicht die gröste Ungerechtigkeit sein, wenn er gleichwol noch andere Sachen actione hypothecaria verfolgen, nichts desto weniger aber das besondere Pfand unveräussert an sich halten.

ten wollte 26)? Wie also, wenn sich der Schuldner anerklärt, daß er die besonders verpfändete Sache zu dem Ende sofort abtreten wollte, damit der Gläubiger dadurch in Gemäsheit der stillschweigenden Verabredung zuförderst seine Befriedigung zu erhalten suchen möchte. Ich finde keinen Grund, der uns bestimmen könnte, dem Schuldner diesen Einwand zu versagen.

26) HARTM. PISTOR l. c. n. 14.

§. 15.

Endlich wird 5) aller Zweifel durch die klare in L. 9. C. de distract. pign. enthaltene Vorschrift völlig gehoben. Wir haben bereits gezeigt, daß dieses Gesetz auf den Fall, welchen der Herr Prof. Westphal dabei zum Grunde legen will, nicht füglich zu restringiren sei. Jetzt wird es darauf ankommen, ob es nicht unserer Behauptung ganz offenbar das Wort rede? Ich glaube selbst aus dem Inhalte der Konstitution klar erweisen zu können, daß folgender Rechtsfall darinn entschieden worden. Die Gläubiger, denen ein allgemeines und besonderes Pfandrecht zustand, stellten nicht aus dem letztern, sondern aus jenem

die hypothekarische Klage wider ihre Schuldner an. Vermöge der Natur dieser Aktion musten sie ihr Gesuch darauf richten, daß ihnen die zur allgemeinen Hypothek gehörigen Stücke so lange auszuantworten, bis sie ihrer Forderung halber befriediget. Die Schuldner, denen gerade an den verlangten Sachen mehr als an der Special-Hypothek gelegen sein mochte, gestanden die Schuld zwar ein, behaupteten aber, daß die Kläger erst das besondere Pfand veräussern, und ob sie daraus nicht bezahlt werden könnten, versuchen müsten. Wäre dies nicht, so sei man bereit, ihrem Gesuche gemäs, die verlangten Stücke abzutreten. Fast jedes Wort in L. 9. C. de distr. pign. leitet uns so ganz ungezwungen auf diesen Fall, daß man nicht wol in Versuchung geraten wird, eine andere Speciem herbeizuruffen. Wir wollen, um uns davon anschaulich zu überzeugen, die Stelle wörtlich durchgehen. Die Entscheidung ist ganz dem Schuldner beifällig. Erst sollen die Gläubiger die Special-Hypothek veräussern, weil die Schuld als richtig eingestanden, und gleichwol nicht bezalet worden. Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem

tionem bona fide debetis et solenniter vendere. Der Grund, warum sie aber vor allen Dingen auf dis besondere Pfandstück verwiesen werden, folgt sogleich. Ita enim adparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Und nur auf den Fall, wenn dieses nicht geschehen könnte, soll ihrem jetzigen petito Raum gegeben werden. Nach dem Wesen der hypothekarischen Klage hatten sie solches auf Abtretung der unter dem pignore generali begriffenen Stücke gerichtet. Und daher fahren die Kayser fort: Quodsi quid deerit non prohibemini, caetera etiam bona iure conventionis *consequi.* Wie angemessen ist hier nicht der Ausdruck *consequi*; denn darauf hatten die Gläubiger geklaget; imgleichen die Worte *iure conuentionis*; denn ein dingliches Recht hatten die Gläubiger freilich an allen Gütern der Schuldner, mithin auch an denen, welche sie aus dem generellen Pfandrechte in Anspruch genommen hatten; sie würden auch, wenn neben der allgemeinen Hypothek keine besondere constituiret worden, die Wal unter allen Sachen der Schuldner gehabt haben. Allein nun kam es auf die wahre Intention der Parteien, bei Errichtung

der

der Special=Hypothek an; und vermöge dieser oben bereits erwähnten Absicht konnten die Gläubiger das allgemeine Pfand nur in subsidium, wenn das besondere nicht zureichte, angreifen, und eben darum heist es: *Quodsi quid deerit*, non prohibemini, caetera etiam bona *iure conuentionis* consequi. Nehmen wir nun die übrigen hier eintretenden Rechts=Gründe, verbunden mit der bekannten Regel: Lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere zur Hülfe: So kann uns nichts berechtigen, einer so allgemein lautenden Verordnung willkührliche Einschränkungen zu geben, denen nicht nur der Inhalt des Gesetzes selbst, sondern auch Billigkeit, und wahre Absicht der Kontrahenten ganz entgegen ist.

III.

Kurze Erörterung der Frage:

Ob und in wie ferne

das Pfandrecht sich ausser dem Kapital

auch auf Zinsen,

Kosten, und Konventional-Strafe erstrecke,

wenn deshalb keine ausdrückliche

Verabredung

vorhanden?

§. 1.

Der Gegenstand gegenwärtiger Abhandlung ist durch ausdrückliche Gesetze nicht so bestimmt und vollständig entschieden, daß gar kein Zweifel mehr übrig bleiben sollte. Ziehet man die Ausleger zu Rathe: So werden sich die Schwierigkeiten eher vermehren, als vermindern. Sie, die sich über klare Gesetze oft nicht einig werden können, lassen vollends dann, wenn es auf argumenta legum und die Aehnlichkeit des Rechtes ankommt, wenig Eintracht erwarten. Wir wollen erst die Gesetze selbst reden lassen, und nachhin die Erklärung der Kritiker und Rechtsgelehrten vernehmen. Die vorzüglichsten Stellen, worauf es hier ankommt, lauten also: L. 13. §. 6. D. de pignoribus. MARCIANUS ad formulam hypothecariam: *Propter vsuras quoque si obligata sit hypotheca, vsurae solui debent. Idem et in poena dicemus.* L. 11. §. 3. D. de pignerat. act. VLPIANUS Lib. 28. ad Edictum: *Si in sortem duntaxat, vel in vsuras obstrictum sit pignus,*

pignus, eo ſoluto, propter quod obligatum eſt, locum habet pignoratitia. Siue autem vſurae in ſtipulatum ſint deductae, ſiue non: ſi tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pignoratitia ceſſabit. Alia cauſà eſt earum, quas quis ſupra licitum modum promiſit; nam hae penitus illicitae ſunt.

L. 8. §. 5. D. eodem. POMPONIUS Lib. 35. ad Sabinum: *Quum pignus ex pactione venire poteſt, nonſolum ob ſortem non ſolutam venire poterit, ſed ob caetera quoque veluti vſuras, et quae in id impenſa ſunt.* L. 18. D. Qui potiores in pignore. SCAEVOLA Lib. I. Reſponſ. Lucius Titius pecuniam mutuam dedit ſub vſuris acceptis pignoribus; eidemque debitori Mevius ſub iisdem pignoribus pecuniam dedit: Quaero, an Titius non tantum ſortis et earum vſurarum nomine, quae acceſſerunt antequam Mevius crederet, ſed etiam earum, quae poſtea acceſſerunt potior eſſet? Reſpondit: Luc. Titium in omne, quod ei debetur potiorem eſſe. L. 4. C. de vſuris. Impp. SEVER. et ANTON. Honorio: *Per retentionem pignoris vſuras ſeruari poſſe, de quibus praeſtandis con-*

conuenit, licet ſtipulatio interpoſita non ſit; merito conſtitutum eſt, et rationem habet; quum pignora conuentione pacti etiam vſuris obſtricta ſint. Sed enim in cauſa, de qua agis haec ratio ceſſat, ſiquidem tempore contractus de minoribus vſuris petendis conuenit; poſtea autem, quum ſe debitor praeſtaturum maiores repromiſit; non poteſt rata videri pignoris retentio, quando eo tempore, quo inſtrumenta emittebantur, non conuenit, vt pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.

L. 22. C. eodem. Imp. PHILIPPUS Carino: *Pignoribus quidem interuenientibus vſurae, quae ſine ſtipulatione peti non poterant, pacto retineri poſſunt. Verum hoc iure conſtituto, quum huius modi nullo interpoſito pacto, tantummodo certae ſummae praeſtari poenam conueniſſe proponas; nec peti, nec retineri quicquam amplius poteſt; et ad pignoris ſolutionem vrgeri te diſciplina iuris perſpicis.* L. vnica C. Etiam ob chirograph. pecun. Imp. GORDIANUS Feſto: *At ſi in poſſeſſione fueris conſtitutus; niſi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae ſine pignore debetur, eam re-*

ſtituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam ſolam pecuniam cuius nomine pignora obligauerunt, offerentes, audiri non oportere, niſi pro illa etiam ſatisfecerint, quam mutuam ſimpliciter acceperunt. Quod in ſecundo creditore locum non habet; nec enim neceſſitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre —.

§. 2.

Bei L. 11. §. 3. D. de pignerat. act. iſt CVIACIVS 1) der Meinung, daß man ſtatt: vel in vſuras, leſen müſſe: nec in vſuras. Allein, auſſer, daß die libri Baſilici ihm entgegen ſind: So iſt doch auch gar kein Grund vorhanden, weshalb man die gemeine Leſeart, da ſie weder das Geſetz unverſtändlich macht, noch der Analogie zuwider läuft, einer höchſt willkührlichen Emendation aufopfern ſollte — 2). Die mehreſte Mühe hat den Auslegern die L. 4. C. de vſuris gemacht. Eine Verordnung, daß der Gläubiger, wegen ſolcher Zinſen, die ihm nach geſchehener Verpfändung allererſt verſprochen worden,

den, auch nicht einmal das Retentions-Recht wider den Schuldner auszuüben berechtigt sein sollte, mit andern bekannten Vorschriften der Rechte vereinigen zu wollen, ist ein Unternehmen, dem sich unübersteigliche Hindernisse entgegen stellen. Der Umstand, daß die Zinsen pacto nudo versprochen worden, hebt diese Schwierigkeit lange noch nicht. Denn 1) gab dergleichen Vertrag doch allemal eine Exception; 2) in L. vn. C. etiam ob chirograph. pec. wird es als eine bereits ungezweifelte Rechtswarheit angemerkt (iure contendis) daß der Schuldner wegen der ihm entgegen stehenden exceptionis doli mali nicht gehört werden könnte, wenn er blos gegen Erlegung der eigentlichen Pfand-Schuld, ohne die übrigen Forderungen des Gläubigers zu berichtigen, das pignus repetiren wollte. Ob nun gleich der simple Vertrag keine Klage hervorbrachte: So entstand doch daraus 3) eine natürliche Verbindlichkeit, derentwegen die Gesetze sogar das Pfandrecht selbst nicht verwerfen 3), um so mehr also auch ein Zurückbehaltungs-Recht statt finden muste. Johann Brunnemann 4) weiß sich in dieser Verlegenheit nicht anders zu helfen, als daß er grade zu

behauptet, die in L. vn. C. dem Gläubiger erteilte Befugniß, das Pfand auch wegen anderer Forderungen zu retiniren, finde in dem Falle nicht statt, wenn der mit keinem Pfandrecht versehene Anspruch nur eine natürliche Verbindlichkeit hervorbrächte. Gründe führt er nicht an; mag auch wol keine gehabt haben. Uebrigens geht er gar so weit, daß er dem Gläubiger, welcher sich nach geschehener Verpfändung mehrere Zinsen versprechen lassen, von diesem Zeitpuncte an, ratione vſurarum alles Recht an der verpfändeten Sache dergestalt abspricht, daß auch die geringere Quantität Zinsen, wofür anfänglich das Unterpfand wirklich mit erteilet worden, nunmehro nicht weiter daraus wargenommen werden könnte. Promiſi, dies sind seine eigenen Worte, vſuras 4 pro centum; et dedi pignus. Poſt annum promiſi maiores octo ſcilicet pro centum. Si pignus non valeat pro totis vſuris beſſalibus, ſaltim pro dimidia quantitate valebit. Sed non videtur id textus praeſens admittere, quia per promiſſionem vſurarum maiorum a promiſſione minorum et obligatione pignoris pro minoribus vſuris dati, receſſiſſe ambo videntur. Der

from-

fromme **Brunnemann** scheint, indem er dieses niedergeschrieben, der Regel, daß die Entsagung bereits erworbener Rechte sich so leicht nicht annehmen lasse, uneingedenk gewesen zu sein, ja selbst die eigenen Worte der angeführten L. 4. C. de vsuris: non conuenit, vt pignus etiam *ad hanc adiectionem* teneatur; nicht erwogen zu haben —. **Hugo Donell** 5) erklärt das Gesetz im ganzen nicht anders, wie **Brunnemann**; tritt aber doch durch die Gründe, welche er anführt, der Sache schon etwas näher. Aus der L. vn. C etiam ob chirograph. soll es seiner Meinung nach ziemlich klar hervorleuchten, daß die retentio pignoris propter aliud debitum nur in dem Falle statt finde, wenn diese Schuld eine Klage gestattete; indem ausdrücklich in gedachtem Gesetze des mutui gedacht würde —. Allein dieses Argument ist von weniger Erheblichkeit; weil das Gesetz gleich zu Anfange in möglichst allgemeinen Ausdrücken dem Gläubiger das Zurückbehaltungs-Recht beilegt. — Nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, *quae sine pignore debetur* —; nachhin aber nur das mutuum als ein Beispiel *), oder vielmehr darum angeführet

wird, weil der individuelle Fall, welcher dem Kaiser eigentlich zur Entscheidung vorgelgt war, dahin gehören mochte. Er beruft sich ferner auf L. 5. D. de Solut. wonach der Gläubiger nicht einmal befugt sein soll, die vom Schuldner unbestimmt geschehene Zahlung auf eine solche Post zu rechnen, derentwegen keine Klage statt findet. Wie viel weniger kann er also das Pfand darum retiniren? Plus enim est soluere, quam pignus dare. Jedoch bei genauerer Prüfung, der angeführten L. 5. findet man sogleich, daß vom Retentions-Rechte darinn gar die Rede nicht sei. Wenn Jemand mehrere Pöste schuldig ist, worunter einige sich befinden, welche der Gläubiger nicht per modum *actionis* verfolgen kann; und der Schuldner etwas bezahlet, ohne zu bestimmen, welche Forderung er eigentlich dadurch tilgen wolle: So entstehet die Frage: worauf die Bezahlung zu rechnen? und diese wird in L. 5. D. de solut. dahin entschieden, daß der Kreditor den Empfang zuförderst auf diejenige Forderung in Anrechnung bringen solle, woraus ihm eine Klage zustehet; weil nicht anders zu vermuten, als daß Jemand sich vor allen Dingen von solchen Schulden, worüber

über er belangt werden kann, loszumachen gewilligt sei. Man siehet also wol, daß dieses mit der in L. 4. C. de usuris enthaltenen Verordnung gar keine Gemeinschaft habe. Der berühmte Herr Professor Westphal 6) hält die gewöhnlichen Erklärungen dieses Gesetzes mit Recht für unzureichend, um die obangeführten Schwierigkeiten zu entfernen. Ich muß aber gestehen, daß ich den Ausweg, welchen er selbst hinzufügt, ebenfalls noch nicht hinlänglich finde. Die Befugniß des Schuldners, das Pfand ohne Berichtigung der Zinsen zurück fordern zu können, glaubt der Herr Professor dadurch zu rechtfertigen, weil die exceptio pacti nur dem entgegen stünde, der wider einen Vertrag etwas verlangt. Wenn aber der Schuldner sein Pfand nach Bezalung der Pfandschuld wieder fordert: und die versprochnen Zinsen sind noch nicht bezahlet; So verlange er nur alsdann etwas gegen den Vertrag, wenn die Verpfändung der Zinsen wegen mit geschehen. Dies sei der Aufschluß der L. 4. C. de vsuris. Ob aber hiedurch die exceptio doli generalis, derentwegen nach klarer Vorschrift in L. vn. C. etiam ob chirograph. die Zurückbehaltung statt finden,

det, und welche bekanntlich auch aus bloßen Verträgen entstehet, gehoben werde, daran ist um so mehr zu zweiffeln, als die angeführte L. vn. C. das Retentions-Recht sogar wegen solcher Personal-Schulden bewilliget, die mit der Pfandschuld in gar keiner Verbindung stehen; mithin nicht abzusehen, warum es wegen der Accessorien desjenigen Kapitals, wofür die Verpfändung geschehen, wegfallen sollte. In der Folge wird es sich ergeben, ob man nicht auf einer andern Art die L. 4. C. de vsuris sowol mit der L. vn. C. etiam ob chir. als auch überhaupt mit der rechtlichen Analogie dergestalt vereinbaren könne, daß kein Zweifel mehr übrig bleibe.

1) Lib. V. Obſerv. cap. 28.

2) IOH. ROBERT in receptis lectionibus. Helmſt. 1586. pag. 162.

3) L. 5. D. de pignorib. L. 9. §. 1. de pign. act.

4) in Comment. ad L. 4. C. de vſuris.

5) Comment. ad Leg. cit.

6) In seinem bekannten Buche vom Pfand-Rechte pag. 34.

*) NETTELBLADT *de Deciſione Caſuum ſecundum Analogiam*. Hal. 1751. Cap. 3. §. 35. 36.

§. 3.

§. 3.

Die Frage: Ob das Pfandrecht ausser dem Kapital auch die Zinsen, Kosten, und Konventional-Buße mit unter sich begreife: wird von den Juristen gewöhnlich nur im allgemeinen entweder gerade zu beiahet, oder verneinet; anstatt, daß man die verschiedenen Verhältnisse, welche hier eintreten, gehörig unterscheiden, und ieden Gegenstand der Beurteilung in sein eigentümliches Gebiete stellen sollte. Man hat den Standpunkt verrückt, den uns die Geseße zur Entscheidung anweisen, und das bekannte: qui bene distinguit, bene docet, aus den Augen verlohren. Wir werden in der Folge finden, daß in gewissen Fällen das Pfand auch für die Accessorien des Kapitals durchaus haften müsse; wenn gleich die Verpfändung nicht ausdrücklich mit darauf gerichtet worden; in andern Fällen aber das Gegenteil zu behaupten sei. Kein Wunder also, daß iene Ausleger auf beiden Seiten Geseße für sich anführen können, die im Grunde freilich weder der einen, noch der andern Partei gänzlich das Wort reden.

§. 4.

Diejenigen, welche unsere Frage durchaus verneinen 7), glauben vorzüglich in L. 11. §. 3. de pignerat. act. und L. 13. §. vlt. de pignor. die Bestärkung ihres Satzes anzutreffen. Diejenigen aber, welche das Gegentheil lehren, und das Pfandrecht allemal auf Zinsen, Strafe, und Kosten, wenn es nicht ausdrücklich davon ausgenommen worden, erstreckt wissen wollen 8), berufen sich besonders auf L. 8. §. 5. D. de pign. act. Denen übrigen Gesetzen sucht jeder Theil diejenige Deutung zu geben, welche seiner Meinung vortheilhaft ist; so wie es auch beiden nicht an Einwendungen fehlet, wodurch sie die von ihren Gegnern angeführte Gesetze auf ihre Seite zu lenken wissen. So behaupten z. B. die Verteidiger der bejahenden Meinung, daß in L. 11. §. 3. D. de pign. act. und L. 13. §. vlt. D. de pignorib. blos davon die Rede sei, wenn unter den Parteien ausdrücklich ausgemacht worden, daß das Pfand lediglich und allein (duntaxat) auf das Kapital oder auf die Zinsen, jedoch nicht weiter sich erstrecken solle. Eben so verfahren aber auch die in der Note 7) angeführten Rechtslehrer, von denen das

Gegen-

Gegentheil behauptet wird. Offenbar, sagen sie, liegt in L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. der Fall zum Grunde, wenn die Kontrahenten dahin einig geworden, daß das Pfand auch für die Accessorien des Hauptstuhls haften solle. Ehe und bevor wir nun eine jede dieser Meinungen besonders prüfen, wird es nicht undienlich sein, über den Inhalt der § 1. angeführten Gesetze im allgemeinen eine kurze Betrachtung anzustellen. Hier ist das Resultat derselben.

7) VOET *ad Pandect.* Lib. XX. Tit. IV. n. 27. SIM. V. LEUWEN *Cens. Forensi*; P. I. Lib. IV. Cap. 11. n. 21. ANTON. FABER *in Cod.* Lib. 8. Tit. 8. Def. 8. n. 5. Lib. 6. Tit. 23. Def. 11. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 13.

8) BALDUIN *de pignorib.* cap. 10. BEYMA ad L. 13. D. *de pignorib.* NEGUSANT. *de pign.* P. 5. M. I. n. 10. LAUTERBACH *Colleg. theor. pract.* Lib. XX. Tit. 1. §. 59. BACHOV *de pignorib.* Lib. 3. cap. 5. n. 5. PUFENDORF Tom. I. Observ. 13. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1083. in not. WESTPHAL vom Pfandrechte. §. 10.

§. 5.

Wenn wir die L. 13. §. vlt. *de pignorib.* 9), allenfalls auch die L. 18. D. Qui pot. in pign. ausnehmen: So reden 1) die übrigen Gesetze nur von dem Fall, wenn der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet; keinesweges aber davon, wenn er solches vermittelst der hypothekarischen Aktion verfolget. Es ist aber leicht zu erachten, daß von jenem Fall, wegen des damit verbundenen Retentions-Rechtes nicht immer auf den letztern zu argumentiren stehe. — Wiederum ergiebt sich 2) aus den angeführten Gesetzen so viel klar, daß sie gröstentheils auch den Fall nur zum Gegenstande haben, wenn der Gläubiger mit seinem Schuldner zu thun hat; wie es aber alsdenn zu halten sei, wenn er mit einem dritten Manne im Streit geräth, darüber ist keine vollständige ausdrückliche Entscheidung vorhanden. Man siehet gleichwol sehr leicht ein, daß auch hier nicht von Einem, auf das andere die Anwendung zu machen sei. Was sich der Schuldner selbst, und dessen Erben gefallen lassen müssen, dem darf sich ein dritter nicht immer unterwerfen. Zu den mancherlei Differenzen, welche bei der Pfandklage

obwal-

obwalten, wenn sie gegen den Schuldner selbst, oder einen andern Besitzer angestellet wird, dürfte auch die gegenwärtige Materie einen Beitrag liefern. Gleichwie hiernächst 3) in L. 4. C. de vsuris diejenigen Zinsen, welche der Schuldner erst nach der Verpfändung versprochen, von denen, wozu er sich schon vorher anheischig gemacht hatte, unterschieden werden: So fehlt es auch 4) nicht an Gesetzen, welche das Pfand zwar auf die Zinsen ꝛc. erstrecken, jedoch die Bedingung ausdrücklich hinzufügen: Si pignus et in eas obligatum fuerit. Uebrigens aber ist 5) in keinem der angeführten Gesetze unsere Frage ganz allgemein, bestimmt, und ausdrücklich, weder bejahend, noch verneinend entschieden; allein die verschiednen Umstände, unter welchen bald das Eine, bald das andere eintreten muß, leuchten ziemlich klar aus ihnen hervor. Diese letztere Anmerkung ist es, welche vorzüglich nähere Bestätigung erfordert; und ich kann mich derselben nicht besser entledigen, als wenn ich nunmehro die gegenseitigen Meinungen dem geneigten Leser zur besondern Prüfung darstelle. Gerne will ich, wenn man die eine, oder die andere den Gesetzen angemessen finden sollte,

mich

mich den Folgen unterwerfen, welche von der bekannten Wahrheit, vbi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere, abhängen.

9) Die Ueberschrift des Gesetzes: ad formulam hypothecariam begründet diese Ausnahme völlig.

§. 6.

Die Behauptung, daß das Pfandrecht allemal die Zinsen und Kosten unter sich begreife, wenn es nicht ausdrücklich davon ausgenommen sein sollte, wird, wie bereits gesagt, von ihren Verteidigern vorzüglich aus der L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. hergeleitet. Allein, wir müssen, wie der Herr Professor Westphal ganz richtig anmerkt, mit diesem Gesetze noch einige andere vergleichen, um in der Sache keinen Irthum zu begehen. Wäre es ein ausgemachter Grundsatz des römischen Rechts, daß das Pfandrecht sich schon nach Vorschrift der Gesetze auf die Zinsen, u. s. w. ohne Unterschied, ob es verabredet worden, oder nicht? erstrecke: So würden die übrigen Verordnungen gröstentheils ganz anders gelautet haben. In L. 11. §. 3. de pign. act. heist es nicht: Siue autem vsurae in stipulatum sint deductae, siue

non;

non; quamdiu quid ex his debetur pigneratitia cessabit; sondern es ist die merkliche Bedingung hinzugefügt: Si tamen pignus et in eas obligatum fuit; und unter dieser Voraussetzung soll sich erst das Pfandrecht darauf extendiren. Eben so wird auch in L. 13. §. vlt. de pignorib. die Sache entschieden. „Die Zinsen“ sagt der Jurist, „müs„sen aus dem Pfande bezahlt werden“: Si quoque propter vsuras hypotheca obligata est. Würden die Rechtsgelehrten, von denen diese Gesetze herrühren, wol einen Umstand besonders zur Bedingung gemacht haben, der sich schon aus Verordnung der Rechte, und Natur der Sache von selbst verstanden hätte? 10) Da nun die angeführte L. 8. §. 5. D. de pign. act. diese Voraussetzung nicht verwirft; So ist sie auch natürlich in Grundlage derselben nur zu erklären; und es würde den Regeln der Hermeneutik sicher nicht angemessen sein, wenn man, ohne auf die übrigen Gesetze weiter Rücksicht zu nehmen, aus iener Stelle sogleich die allgemeine Verordnung ableiten wollte, daß das pignus indistincte auf Zinsen und Kosten sich mit erstrecke; dergleichen doch in dem Gesetze selbst mit keinem Worte anzutreffen.

So

So viel vorläufig von der bejahenden Meinung.

10) Dies läßt sich um so weniger vermuten, ie mehr die römischen Juristen sich überall bemüheten, ihrem Ausdruck die möglichste Accuratesse und Deutlichkeit zu geben. ECKHARD *Hermeneut. iur.* Lib. I. Cap. 3.

§. 7.

Eben so wenig aber kann ich auch denen, welche das Gegenteil behaupten, völlig beipflichten. Vor allen Dingen muß ich bemerken, daß ihre Antwort auf den eigentlichen Sinn unserer Frage nicht bestimmt genug eingerichtet zu sein scheinet. Wollen sie damit so viel andeuten, daß die Verpfändung der Zinsen und Kosten wegen unter allen Umständen ausdrücklich und namentlich geschehen müsse: So ist dieses den Gesetzen bekanntlich gerade entgegen; 11) indem zur Errichtung des Pfandrechts auch stillschweigende Einwilligung des Schuldners hinreicht, und die Rechte in diesem Stücke der Zinsen, Strafe und Kosten wegen keine Ausnahme gemacht, noch irgendwo verordnet haben, daß der consensus tacitus, welcher

für den Hauptstamm selbst ein vollgültiges Pfandrecht bewirket, in Ansehung der Accessorien desselben nicht attendirt werden sollte. Jedoch ich glaube selbst nicht, daß es irgend einem der Rechtsgelehrten, mit denen wir gegenwärtig zu thun haben, ie eingefallen, zu behaupten, daß der Zinsen und Kosten wegen überhaupt kein stillschweigendes Konventional-Pfandrecht statt finde. Es kommt also nur darauf an, ob und in wie ferne die der Hauptschuld wegen geschehene Verpfändung ein solches factum sei, woraus mit Grunde gefolgert werden kann, daß auch wegen der Zinsen, u. s. w. dem Gläubiger die nämliche Sicherheit ertheilet worden? Daß dieses in dem Gesetze, worauf sich die Gegner vorzüglich berufen 12), gänzlich verneinet sei, läst sich gar nicht erweisen. Ich will mich hier in den Streit nicht mischen, welchen Robert und Cujatz über die Leseart dieser Stelle geführt haben. Meine Behauptung verliert nichts dadurch, man mag dem einen, oder dem andern beistimmen. Die natürlichste Erklärung des Gesetzes ist unstreitig diese, daß wenn dieienige Schuld, wofür das Unterpfand eigentlich nur haftet, bezalet worden, das leztere befreiet

werde; daher, wenn es blos für die Zinsen, oder blos fürs Kapital gesetzt worden, der Gläubiger solches auch nicht weiter extendiren könne. Man hat also gar nicht einmal nötig, den Ausdruck: in sortem *duntaxat*, gerade nur so zu erklären, als ob die Zinsen ausdrücklich von der Verpfändung ausgenommen worden. Dies würde freilich Ein Umstand sein, den das Gesetz allerdings mit in sich schliesset; allein auch die übrigen Fälle, wo man, obgleich die Zinsen nicht ausdrücklich ausgenommen worden, dennoch keineswegs behaupten kann, daß die Verpfändung stillschweigend mit darauf gerichtet sei, gehören unstreitig dahin. Man trift in L. 4. C. de vsuris schon Ein Beispiel davon an. Kurz, die L. 11. §. 3. D. de pignor. act. wie auch die L. 13. §. vlt. de pignorib. sagen nicht mehr, und nicht weniger, als daß das Pfandrecht sich nur auf diejenige Forderung beschränke, wofür die Verpfändung wirklich geschehen. Eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneratitia. Mit keinem Worte aber ist dieses nur allein auf eine expresse Verpflichtung eingeschränkt, noch weniger verordnet, daß die fürs Kapital geschehene Verpfändung

nie

nie von den Zinsen, wenn ihrer namentlich keine Erwähnung geschehen, verstanden werden soll. So viel ist also ausgemacht, daß die Gesetze, worauf sich die Gegner berufen, zu ihrem Vorteil noch nichts entscheiden. Es bleibt daher nichts weiter übrig, als daß wir die Handlung des Schuldners, von dem zur Sicherheit des Kapitals, ohne der Zinsen zu gedenken, ein Pfandrecht verschrieben worden, ihrer Natur nach prüfen, und über die wahre Absicht der Kontrahenten, welche dabei obgewaltet, eine nähere Untersuchung anstellen. Um aber daraus richtige Folge ziehen zu können, und uns zur vollständigen Entwickelung der verschiedenen Verhältnisse, so dabei in Betracht kommen, den Weg zu bahnen, wird es nicht undienlich sein, folgende allgemeine Grundsätze, worauf hier alles beruhet, voranzuschicken.

11) Siehe die vorhergehende Abhandlung §. 10. und 11.

12) L. 11. §. 3. D. de pignerat. act.

§. 8.

Der stillschweigende Konsens wird aus Handlungen gefolgert. Er setzt 1) ein solches Faktum

voraus, welches nach Vernunft und Recht nicht anders zu erklären, als daß die Intention, wovon gegenwärtig die Rede, dabei obgewaltet habe 13). Läßt sich 2) noch eine andere Absicht gedenken: So ist ein jeder, wie von seinen Worten, so auch von seinen Handlungen der beste Ausleger 14); und man muß im Zweifel diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber des Faktums am wenigsten belästiget 15). Der stillschweigende Konsens unterscheidet sich 3) vom ausdrücklichen nur durch die Zeichen, womit er an den Tag gelegt wird. Seine Wirkung ist daher nicht stärker oder schwächer, als diejenige des leztern. — Gleichwie also 4) die wörtliche Einwilligung der Kontrahenten, auf Dinge, woran bei Schliessung des Vertrags gar noch nicht gedacht worden, keines weges zu ziehen ist 16): So kann auch der stillschweigende Konsens zwar wol ad non expressa, aber nie ad non *cogitata* hinaus gedehnt werden 17), wenn sie nicht wesentliche Folge von dem sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden. 18) Auch der stillschweigende Konsens sezt 5) einen Gegenstand voraus, worüber die Parteien disponiren können, weshalb

er

er den bereits erworbenen Rechten eines dritten keinen Eintrag thun kann.

13) L. 2. §. 1. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. L. 2. C. de pactis.

14) CLAPROTH Iurisprud. heurem. P. I. §. 4. L. 96. D. de V. S. *in ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verba protulit.* Wobei jedoch dasjenige wol in Acht zu nehmen ist, was der Herr Geh. R. **Netelbladt** in seinem *system. elem. iurisprud. posit. German. comm. general.* Hal. 1781. §. 243. vorträgt. Si vero actus ex parte eius, cuius verba interpretanda sunt obligatorius est, interpretatio authentica seu declaratio quidem eatenus admittenda vt audiatur declarans suam intentionem, ast tamen pro vera adsumi nequit, nisi cum regulis verae interpretationis conueniat.

15) L. 3. D. *de his, quae in testam. del.* In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustum est, quam tutius. L. 9. D. de Reg. Iur. semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. *Andr.* Florus RIVINUS *de benigna Iureconsultorum interpretatione.* Vitemb. 1752.

16) CLAPROTH l. c. §. 49.

17) HELLFELD in iurispr. for. §. 290. n. 1.

18) L. 99. pr. D. *de Verb. obligat.* HELLFELD l. c. §. 291. n. 2.

§. 9.

Nach diesen Grundsätzen, welche von der durch facta erklärten Einwilligung überhaupt gelten, ist nunmehro die Frage näher zu beurteilen, ob die für den Hauptstuhl geschehene Verpfändung, auch in Ansehung der Zinsen, Strafe, und Kosten, gleichfalls ein Pfandrecht bewirke oder nicht? Da aber diese Accessorien des Kapitals unter sich sehr verschieden sind: So läst sich auch hier, was von dem Einen gilt, nicht sogleich auf die übrigen anwenden. Es ist vielmehr, meinem Bedünken nach, höchst unschicklich, wenn man, wie gewöhnlich geschiehet, in dieser Hinsicht allen Unterschied gänzlich ausser Acht läst. Um diesen Fehler zu vermeiden, wollen wir gegenwärtig jeden einzelnen Gegenstand der obigen Frage besonders in Erwägung ziehen, und mit den Zinsen den Anfang machen.

§. 10.

§. 10.

Was diesen Punkt anbetrift; so läßt sich die ganze Sache am bequemsten durch folgende Distinktion entwickeln. Es ist entweder die Rede von vsuris morae, oder nicht, sondern von denen, wozu sich der Schuldner durch Vertrag anheischig gemacht hat. Zuerst von jenen. Der Endzweck des Pfandrechts gehet bekanntlich dahin, daß der Gläubiger dadurch auf den Fall, wenn der Debitor seine Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte, gesichert werde. Der Schuldner ist gehalten, nicht nur überhaupt dasjenige was ihm obliegt, zu leisten, sondern auch vorzüglich zur rechten Zeit, und am gehörigen Orte 19) solches zu bewirken. Läßt er es hieran auf irgend einer Art 20) ermangeln: So ist er in mora, und daraus ipso iure verbunden, dem Gläubiger Zinsen zu bezahlen 21). Da nun überhaupt das Pfand zur Sicherheit des Gläubigers gereichen soll: So muß es auch unstreitig für den ungebührlichen Verzug des Schuldners, und die selbst nach Vorschrift der Gesetze daraus entspringende Folgen haften. Hieraus erhellet klar, daß in Ansehung der Verzugszinsen, die Bejahung unserer Frage gar keinen Zweifel zu-

lasse 22). Denn ob gleich der Debitor solche erst nach der Verpfändnng schuldig geworden, und bei Errichtung des Pfandrechts die Parteien keine Erwähnung davon gemacht haben: So verstehet es sich doch schon nach der Natur des pignoris von selbst, daß es den Gläubiger gegen die moram des Schuldners in Sicherheit setzen soll. Damit würde es aber nicht übereinstimmen, wenn in Ansehung der gesetzlichen Folgen des ungebührlichen Verzugs das Pfandrecht ceßiren sollte. Wenn man sämmtliche §. 1. angeführte Gesetzstellen mit Aufmerksamkeit durchlieset: So wird man finden, daß darin zwar wol von versprochnen, keines weges aber von den Verzugszinsen ausdrücklich die Rede sei. Daraus folgt unstreitig, daß kein einziges von diesen Gesetzen unserer Behauptung entgegen stehe, indem dieselbe dem Wesen und der Natur des Pfandrechts aufs genaueste angemessen ist, folglich solange ihre ungezweifelte Richtigkeit behält; bis durch ausdrückliche Gesetze ein anderes bestimmt woden.

19) HOMMEL *Rhapsod. Quaest.* Observ. 140.

20) L. 3. §. 1. D. *Commodati vel contra.*

21) Vom termino a quo handelt HOMMEL l. c. Observ. 234.

22) Mit völligem Beistand der Rechte schreibt der berühmte PUFENDORF Tom. I. Obs. 13. Tanto magis dicendum erat, vsuras *morae* cum sorte eodem loco collocari, quod Meuia sub hypotheca bonorum cauerat, quam ptimum fieri posset, se debitum ex soluturam. Quo facto sub hypotheca bonorum cauit, *moram sese non commissuram*; adeoque hypotheca *in moram atque omne id quod ex mora veniat* constituta fuit.

§. 11.

Bei denen vom Schuldner versprochenen Zinsen kömmt es vermöge L. 4. C. de vsuris darauf an: ob sie zu der Zeit schon bewilligt worden, als die Verpfändung geschehen, oder ob der Schuldner sich erst nach der Zeit dazu anheischig gemacht habe? Daß auf jene das Pfandrecht sich allewege mit erstrecke, wenn nicht ein anderes unter den Kontrahenten ausgemacht worden, hingegen im letztern Fall diese Ausdehnung keines weges statt finde, ist leicht zu erweisen. 23) Man setze den Fall: die Pfand- und Schuld-Verschreibung laute also: „Ich bekenne vom „Herrn N. N. 1000 Rthlr. als ein Dahrlehn

„empfangen zu haben, und setze für dieses Kapi„tal mein Guth N. zum Unterpfande, verspreche „auch solches jährlich mit 5 P.C. zu verzinsen" —. Oder der Schuldner hätte bereits eine Handschrift über den Empfang des Dahrlehns ausgestellet, und darin die jährliche Entrichtung gewisser Zinsen versprochen; jedoch seine Güter zur Zeit nicht verpfändet; als aber der Gläubiger eine Hypothek verlangt: So wird ihm solche in folgenden Ausdrücken vom Schuldner ertheilet: „Zur Sicher„heit der von N. N. mir angeliehenen Summe — „verpfände demselben hiemit mein sämmtliches „Vermögen." In beiden Fällen läst sich nach allen Regeln der juristischen Auslegungs-Kunst keine andere Absicht, oder Sinn der Parteien gedenken, als daß die Hypothek gleichfalls mit auf die Zinsen gerichtet sein soll. Natürlich will der Kreditor durch das Pfand seines ganzen Rechtes halber gesichert sein; dem Schuldner war diese Intention nicht verborgen; und da er folglich die Zinsen von der Hypothek nicht ausnahm: So hat er die leztere ganz unstreitig in Ansehung derselben mit bewilligt. Daß solches nicht namentlich oder ausdrücklich geschehen, ändert die Sache

gar

gar nicht, weil die wahre Willens-Meinung und Intention der Kontrahenten, worauf bei der Verpfändung alles ankommt, keinen Zweifel leidet. Offenbar ist der Schuldner hier derjenige, qui clarius loqui debuisset; mithin die Interpretation allemal wider ihn zu machen.

23) Diesen Unterschied verkennet auch der Herr Prof. Westphal nicht, ob er gleich im übrigen ganz für die beiahende Meinung ist. Seine eigenen Worte pag. 34. am Ende lauten also: „Wenn gleich bei der Einhändigung des Pfan„des an den Gläubiger Zinsen versprochen wor„den: So wird in denen Rechten angenommen, „daß die Verpfändung stillschweigend mit auf die „Zinsen gerichtet worden. —. Wenn aber die „Versprechung der Zinsen erst lange nach der „Pfandgebung erfolgt: und es wird der Ver„pfändung dabei nicht erwähnet: So wird bei „bewandten Umständen nicht geglaubt, daß der „Kontrahenten stillschweigender Wille dahin ge„gangen, daß das Pfandrecht sich auf die Inte„reßen mit erstrecken sollte."

§. 12.

Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn der Schuldner, welcher bei Errichtung des Pfandrechts

rechts zu keinen Zinsen gehalten war, solche nachhin erst zu bezahlen sich anheischig macht, ohne iedoch die geschehene Verpfändung seiner Güter mit darauf zu erweitern. Hier würde es den Gesetzen, und ihrer Analogie sichtlich widersprechen, wenn man behaupten wollte, daß das Unterpfand dennoch für die de nouo versprochene Zinsen mit obligiret sei. Die Schuld ist die Hauptsache, und nicht das Pfand 24). Ohne iene läst sich dieses zwar nicht gedenken, wol aber ein personal Anspruch ohne Pfand. Es versteht sich daher von selbst, daß letzteres nicht statt finde, woferne es der Gläubiger nicht durch des Schuldners Einwilligung, oder gesetzliche Vorschrift erhalten hat. Einseitig ist er weder befugt, sich überhaupt ein pignus beizulegen, noch solches weiter, als es ihm wirklich ertheilt worden, hinaus zu dehnen 25). Ist daher der personal Anspruch in der Folge vergrössert: So beschränkt sich doch das eigentliche Pfandrecht selbst, lediglich auf dasienige Verhältnis des crediti, welches zu der Zeit, als das pignus constituiret ward, obwaltete 26), mit denen daraus entspringenden gesetzlichen Folgen. Alles aber, was überdem nach der Zeit hinzugekommen, gehört,

hört, wenn wir auf die erste Verpfändung zurück sehen, ad non cogitata, wohin weder der ausdrückliche, noch der stillschweigende Konsens zu extendiren (§. 8.). Klare Gesetze entscheiden endlich die Sache nicht anders, weshalb es keiner weitern Ausführung derselben bedarf 27).

24) Herr Prof. WESTPHAL l. c. §. 14.

25) L. 5. §. 1. D. *in quib. cauſ. pign. vel hypoth.*

26) Der Grundsatz: Quae in praecedentibus dicta ſunt, ea in ſequentibus repetita intelliguntur, iſt uns hier nicht entgegen, ob er gleich ſonſt nicht ſelten Anwendung findet. Quodſi enim, ſchreibt HVGO DONELLUS in Comment. ad L. 4. C. de vſuris, n. 3. 4. id aperte non adparet placuiſſe, numquam repetita intelliguntur. Idque maxime ſtatuendum eſt, in ea ſpecie de qua hic nunc agitur, de qua ita in vniuerſum habendum eſt: qui ſe vel res ſuas in aliquam cauſam obligauit, numquam in aliam cauſam eandem obligationem repetiiſſe intelligitur; optima ratione, quia in negotiis gerendis nulla eſt obligatio ſine contrahentium conſenſu. At debitor, qui res ſuas in vnam cauſam obligauit, numquam exiſtimandus eſt, easdem res in aliam cauſam obligaſſe. Nam omnes exiſtimantur ita eſſe affecti, vt nolint

tacile

facile iactare suum. Ac proinde nolint obligari nisi vbi aperte voluerunt.

27) L. 4. C. de vsuris, in den Worten: Quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non conuenit, vt pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.

§. 13.

Mit dem bisher vorgetragenen stimmen überhaupt die §. 1. angeführten Gesetze sehr wol überein; ia die Auslegung derselben wird nach diesen Grundsätzen nicht wenig erleichtert. Denn da es allerdings Fälle giebt, in welchen das Pfandrecht die Zinsen nicht in sich schliesset: so läßt sich nunmehro der bedingte Ausdruck in L. 11. §. 3. D. de pigner. act. und L. 13. §. vlt. D. de pignorib. Propter vsuras quoque *si obligata sit hypotheca* vsurae solui debent sehr leicht erklären. Wenn aber der Herr Prof. **Westphal** 28) in diesen Worten sogar die Verordnung antreffen will, „daß die Hypothek an sich allemal mit auf die „Zinsen gehe, wenn nicht ausdrücklich ausge„macht worden, daß sie blos auf den Hauptstamm „eingeschränkt sein sollte“: So muß ich bekennen, daß er mich nicht überzeugt hat. Mir wenigstens

scheint

scheint diese Deutung in keinem Betrachte den Worten oder Sinn des Gesetzes angemessen zu sein. Daß das leztere von dem Fall rede, wenn der Gläubiger das Pfand, so er nicht besitzt, vermittelst der hypothekarischen Klage verfolgt, ist aus der Inscription desselben klar. Die Frage, welche darinn entschieden wird gehet dahin: ob der kläger verlangen könne, daß auch die Zinsen aus dem Pfande bezahlt werden müsten? und darauf antwortet **Marcian** ganz recht, daß solches nur sodann geschehen dürfe, (vsurae solui debent) wenn das Pfandrecht selbst sich auf dieselben mit erstrecket: Si quoque propter vsuras obligata sit hypotheca. Wir werden unten Gelegenheit haben, von diesem Gesetze noch besonders Gebrauch zu machen; gleich denn auch §. 20 sich deutlich ergeben wird, daß die L. 8. §. 5. D. de pigner. act. unserer Theorie im mindesten nicht entgegen stehe.

28) WESTPHAL l. c. pag. 38.

§. 14.

Die Konventional = Strafe hat mit den vom Schuldner versprochenen Zinsen einerlei

Grund;

Grund; daher auch von derselben eben dasjenige gilt, was in Ansehung dieser Zinsen rechtens ist 29). Man hat zwar aus der in L. 22. C. de vsuris enthaltenen Verordnung das Gegentheil behaupten wollen; allein nach dem wahren Sinn dieses Gesetzes 30), leidet die Sache gar keinen Zweifel. Ist demnach die Verpfändung nicht **ausdrücklich** mit auf die Konventional-Buße gerichtet: So kömmt es darauf an, ob bei Errichtung des Pfandrechtes der Schuldner sich bereits zur Erlegung der Strafe anheischig gemacht, oder ob er solche nachhin erst versprochen hat. In beiden Fällen treten die nämlichen Gründe ein, welche wir §. 11. und 12. bei Gelegenheit der Zinsen angeführt haben; woraus sich die Entscheidung von selbst dahin ergiebt, daß zwar wol im ersten, nicht aber in dem leztern Fall eine stillschweigende Verpfändung wegen der Konventional-Poen anzunehmen sei.

29) L. 13. §. vlt. D. de pignorib. in den Worten: *Idem et in poena dicemus.*

30) Das mehrgedachte Werk des Herrn Professor WESTPHAL liefert pag. 35. eine sehr zutreffende Erklärung dieser Stelle, weshalb ich mit völliger

völliger Ueberzeugung den geneigten Leser darauf verweisen kann.

§. 15.

Die Proceß-Kosten, welche der Gläubiger aufwenden müssen, weil er zur rechten Zeit seine Befriedigung nicht erhalten hat, gründen sich in der mora des Schuldners, und weil das pignus für den ungebührlichen Verzug des leztern dahin haftet, daß der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden soll (§. 10.): So rechtfertigt sich nach obigen Grundsäzen die Folge von selbst, daß das Pfandrecht sich auf diejenigen Expensen allemal mit erstrecke, zu deren Vergütung der Schuldner seiner ungebührlichen Zögerung halber verurteilt worden.

§. 16.

Die auf das Pfand selbst verwandte Kosten lassen sich bekanntlich auf drei Gattungen reduciren. Es giebt **notwendige**, **nüzliche**, und solche Kosten, die nur *voluptatis* causa aufgewendet sind. Um die leztern dürfen wir uns hier gar nicht bekümmern, weil der Gläubiger ohnehin kein Recht hat, die Vergütung derselben zu fordern 31). Eben dies gilt auch von denen an sich zwar **nüzlichen**, jedoch wider des Schuldners Willen gemach-

ten Impensen 32). Anlangend aber die durchaus **notwendigen** Kosten, wohin einesteils dieienigen gehören, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte, andernteils aber die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besitzer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen muste 33), anlangend ferner den **nützlichen** Aufwand, welcher nicht wider des Schuldners Willen geschehen, wodurch aber die Sache verbessert, und ihr Wehrt erhöhet worden; so ist zwar so viel ausser Streit, daß der Gläubiger berechtigt sei, deshalb vom Schuldner und dessen Erben, vermittelst der actionis pigneratitiae contrariae Schadloshaltung zu fordern; nur was die impensas vtiles anbetrift, unter der billigen Modifikation, welche die Gesetze dahin bestimmt haben: vt neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur 34); auch daran ist nicht zu zweifeln, daß dem Gläubiger, so wie einem ieden guten Besitzer, wegen beider Arten der Kosten, das Retentions-Recht so lange zustehe, bis er die gehörige Vergütung dafür bekommen. Gleichwie aber das ius retentionis vom Pfandrechte ausserordentlich verschieden ist; seine Kraft verliert, sobald der Besitz aufhöret, gegen einen dritten Inhaber

haber an sich kein Recht giebt, u. d. m.: So läst sich auch hier nicht von Einem auf das andere schliessen. Es ist und bleibt daher immer noch eine andere Frage: Ob und in wie ferne das Pfand, wenn keine ausdrückliche Verabredung geschehen, auch für die zur Erhaltung und Verbesserung der Sache aufgewandten Kosten mit hafte oder nicht? An Gesetzen, worinn diese Frage ohne Unterschied beiahend oder verneinend entschieden wäre, fehlt es gänzlich, und obgleich einige Ausleger das erstere in L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. antreffen wollen; So ergiebt doch theils der Augenschein, theils wird es die Folge 35) noch deutlicher darlegen, daß diese Meinung nichts weniger, als gegründet sei.

31) HELLFELD in iurisprud. forensi §. 873. *I. L. Schmidt* im praktischen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 829.

32) L. 40. et 53. Mandati. L. vlt. C. de Neg. gest. HELLFELD l. c.

33) L. 6. C. de pignor. WESTPHAL a. a. O. p. 66.

34) L. 25. D. de pignerat. act.

35) §. 20.

§. 17.

Meinem Bedünken nach muß man hier zwischen dem nothwendigen und nützlichen Auf-

wande einen Unterschied machen. Wegen des erstern ist dem Gläubiger das Pfandrecht nicht wol zu versagen. Aus der Natur des pignoris, und der wahren Intention der Kontrahenten, welche dahin gehet, daß der Kreditor zur Sicherheit seiner Forderung ein dingliches Recht an der Sache bis zum Abtrag der Schuld behalten soll, ist dieses klar zu erweisen. Denn soll dieser Zweck erreicht werden: So ist 1) der zur Konservation der Sache notwendige Aufwand nicht zu unterlassen; Indem also 2) der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfandrecht versicherte: So willigte er auch eo ipso in alles dasjenige ein, ohne welches die Absicht beider Theile gar nicht statt findet. (§. 8.) Da nun das Pfand dann erst die Hauptschuld bedecket, wenn dem Gläubiger diejenigen Kosten bezahlt werden, ohne deren Verwendung die Sache würde zu Grunde gegangen, oder dem Gläubiger entzogen sein: So würde dieser 3) offenbar an seinem dinglichen Rechte und an der Sicherheit, welche er seiner Forderung wegen haben soll, verkürzt werden, wenn diejenige Summe, wodurch er die Erhaltung der Sache besorgt hat, davon ausgenommen werden sollte. Selbst

die Gesetze wollen 4) daß die notwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen. 36) Hoffentlich werden diese Gründe hinreichend sein, einem jeden die Ueberzeugung zu geben, daß der Pfandgläubiger wegen der notwendigen auf die Sache selbst verwandten Kosten ausser dem Retentions-Rechte auch einen dinglichen Anspruch an der Sache erhalte, welchen er, wenn diese etwa aus seinem Besitze kommen sollte, auch gegen einen dritten Innhaber geltend zu machen, vollnkommen befugt ist.

36) L. 6. C. de pignorib. In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

§. 18.

Nicht so verhält sich die Sache, wenn von blos **nützlichen** impensis die Rede ist. Nach des Leysers Meinung Spec. 167. Med. I. sollte man hier ein gesetzliches Pfandrecht behaupten. Allein die Stellen, worauf er sich beruft, und welche ohnehin von denen selbst zur Konservation der Sache geschehenen Verwendungen handeln, sind

seiner Lehre nicht günstig, und uns wenigstens gar nicht entgen. Denn 1) hat der Kreditor kein vollnkommnes Recht, die Verbesserung der verpfändeten Sache zu verlangen; Zwar kann mit seinem Schaden sich Niemand, mithin auch der Schuldner nicht bereichern. Allein dies giebt ihm nichts weiter, als einen Personal-Anspruch, welcher bekanntlich dann erst mit einem Pfandrechte bedecket wird, wenn zu dem letztern ein rechtlicher Entstehungs-Grund vorhanden 37). Und eben hieran fehlt es in gegenwärtigem Falle gänzlich. Vorausgesetzt nemlich, daß die Kontrahenten nicht ausdrücklich darüber einig geworden: So ist 2) gar nicht abzusehen, aus welchem Fundamente sich der Gläubiger wegen der sogenannten impensarum vtilium ein Pfandrecht zueignen könnte. Gesetze, worinn ihm solches wirklich beigelegt würde, haben wir nicht. — Die Natur des Pfand-Kontraks erfordert zwar wol die Konservation der Sache, nicht aber Verbesserung und Melioration derselben —. Es läst sich auch nicht annehmen, daß die Absicht der Parteien hierauf gerichtet gewesen; vielmehr gehören diese Kosten in Rücksicht auf die ursprüngliche Pfandgebung

gebung

gebung lediglich ad non cogitata; und mithin, fällt auch die stillschweigende Verpfändung gänzlich weg (§. 8) —. Hätte also der Gläubiger ihrentwegen ein pignus haben wollen: So lag es ihm ob, sich um rechtliche Erlangung desselben zu bemühen. Da er aber hierauf nicht bedacht gewesen; sondern ohnedem aus seinen Mitteln die Verbesserung des Pfandes besorgt hat; So bleibt ihm auch wegen der Kosten nichts weiter, als eine persönliche Forderung übrig, womit, so lange sein Besitz fortdauret, zwar ein Retentions-Recht, keineswegs aber ein wirkliches pignus verbunden ist. Ohne den Grundsätzen, worauf der stillschweigende Konsens allein nur gebauet werden kann (§. 8), ohne den Regeln, welche bei Auslegung der Verträge durchaus beobachtet werden müssen, 38) offenbar zu nahe zu treten, läßt sich nicht behaupten, daß die des Kapitals wegen geschehene Verpfändung auch ohne weitere Verabredung die nützlichen Kosten mit in sich schließe.

37) L. 30. D. de piguer. act. L. 16. 17. C. de pignorib. Es ist Niemanden erlaubt, sich einseitig ein Pfand in des andern Gütern anzumaßen, wenn dieser ihm gleich schuldig ist. Die Rechte erlauben es auch keinem Pfandgläubiger,

das bereits erlangte ius pignoris einseitig zu amplificiren. L. 11. D. de reg. iur. L. 5. D. de adquir. vel amitt. possess. LEYSER Spec. 229. Med. 2.

38) L. 99. pr. de Verb. obl. LEYSER Spec. 41. Med. 4.

§. 19.

Ob nun gleich, wie bisher gezeigt worden, eine des Hauptstuhls wegen geschehene Verpfändung nicht immer auch auf die Zinsen, Konventional-Strafe, und Kosten sich erstrecket: So ist doch nicht zu leugnen, daß der Gläubiger sehr oft aus andern Gründen berechtigt sei, sich dieser Accessorien wegen an der verpfändeten Sache bis zu seiner völligen Befriedigung zu halten. Wiederum giebt es Fälle, wo es zwar gewis ist, daß die Verpfändung mit auf Zinsen, u. s. w. gerichtet worden, und gleichwol die hypothekarische Aktion ihrentwegen nicht durchgängig statt findet. Will man daher die Sache ihrem ganzen Umfange nach vollständig entwickeln: So sind nunmehro folgende Fälle in nähere Erwägung zu ziehen.

§. 20.

Erster Fall: Wenn der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet, und blos

mit

mit dem Schuldner zu thun hat. Besitzt der Kreditor die verpfändete Sache: So stehet ihm bekanntlich das ius retentionis so lange daran zu, bis er gänzlich bezahlt worden. Da nun dieses Zurückbehaltungs-Recht nach klarer Vorschrift der Gesetze sich auch auf andere Forderungen, als diejenige, wofür eigentlich die Sache verpfändet worden, erstecket: So ist leicht zu erachten, daß in diesem Fall, zumal nach unsern heutigen Rechten, wo der Unterschied unter Stipulation und simplen Vertrag gänzlich wegfällt, wegen der Zinsen und Kosten kaum ein Zweifel entstehen könne. Der Gläubiger ist nicht allein berechtigt, dem Schuldner vor geleisteter Zahlung das Unterpfand zu vorenthalten, sondern er kann auch freilich am Ende, die rechtliche Veräusserung des Pfandes bewirken, und aus dem Kaufgelde sich sowol an Kapital, als auch an Zinsen, Strafe, und Kosten bezalt machen. Von diesem Retentions-Rechte ist in L. 22. C. *de vsuris*, und in L. vn. C. *Etiam ob chirographar. caus.* die Rede; von dem Verkaufe aber, wozu am Ende der Kreditor schreiten kann, handelt die L. 8. §. 5. D. de pigner. act. Man siehet daher wol,

daß einesteils dieses Gesetz die Meinung derer. jenigen, welche das Pfandrecht selbst allemal auf Zinsen und Kosten extendiren, nicht unterstütze, anderenteils aber gar nicht nötig sei, mit den Verteidigern des Gegentheils zu behaupten, daß erwehnte L. 8. §. 5. nur von dem Fall zu verstehen sei, wenn die Sache der Zinsen und Kosten halber ausdrücklich mit verpfändet worden. Denn so viel das Erste anbetrift: So behauptet zwar der Herr Prof. Westphal 39), daß, da dieses Gesetz dem Gläubiger die Befugnis erteile, das Pfand der Zinsen und Kosten wegen zu verkaufen: hieraus notwendig folgen müsse, daß das pignus selbst sich darauf erstrecke. Denn die Veräusserungs-Gerechtigkeit sei ein wesentliches Stück des Pfandrechts. Ich gebe es zwar zu, daß das letztere seiner Natur und Wesen nach mit dem iure distrahendi unzertrennlich verknüpft sei 40) jedoch glaube ich nicht, daß man den Satz umkehren, und darum, weil die Gesetze dem im Besitz des Pfandes sich befindenden Gläubiger die Befugnis geben, den Verkauf auch auf die Zinsen u. s. w. mit zu richten, sofort behaupten könne, daß dem Kreditor auch eo ipso dieser Acces-

sorien

sorien wegen ein wirkliches Pfandrecht zustehe. Unstreitig läßt sich das Veräusserungs-Recht auch ohne ein eigentliches pignus in diesem Fall gar wol gedenken, weil der Kreditor blos mit dem Schuldner zu thun hat, der ihm doch gerecht werden müste. Freilich darf der Gläubiger es sich nicht herausnehmen, das Unterpfand auch wegen jeder andern Forderung, wofür es eigentlich nicht mit gesetzet worden, gleichfalls zum Verkauf zu bringen. Wenn hingegen von einer solchen Forderung die Rede ist, welche der wirklichen Pfandschuld als ein Accessorium beitritt: So haben es die Gesetze billig befunden, daß der Kreditor bei Veräusserung des Pfandes mit darauf Bedacht nehmen dürfe, daß diese Nebenforderungen gleichfalls aus dem Kaufgelde mit berichtiget würden. Dies ist der ganze Innhalt der L. 8. §. 5. D. de pigner. act. Ob nun daraus die Folge abgeleitet werden könne, daß das Pfandrecht selbst sich allemal mit auf Zinsen und Kosten erstrecke, und der Kreditor solches ohne Unterschied, er besitze die Sache oder nicht; er habe es mit dem Schuldner selbst, oder einem dritten zu thun, schlechterdings sich beilegen dürfe? das will ich

gerne

gerne der Entscheidung des nachdenkenden Lesers überlassen. So viel aber das zweite anbetrift: So wird, wie oben bereits erwähnet worden, von denen Juristen, welche unsere Frage durchaus negando beantworten, diese von ihren Gegnern angezogene L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. dahin erkläret, als ob eine der Zinsen und Kosten halber ausdrücklich geschehene Verpfändung darinn voraus gesetzt werde. Allein sichtlich bedarf es dieser höchst willkührlichen Erklärung, um dadurch die beiahende Meinung zu widerlegen, gar nicht. Denn da es in dem Gesetze heist: quum pignus *ex pactione* venire potest, und ferner der impensarum in demselben gedacht wird: So ist es klar, daß von dem Falle, da der Gläubiger sich im Besitz der Sache befindet, und mit dem Schuldner selbst zu thun hat, die Rede sei. Gleichwie aber daraus, daß die Gesetze in diesem Fall dem Kreditor die Befugnis erteilen, sich aus dem gelöseten Kaufgelde, auch wegen der Zinsen u. s. w. bezahlt zu machen: noch gar nicht folgt, daß das Pfandrecht sich unter allen Umständen bis dahin erstrecke: So ist es in der That nicht abzusehen, warum man hier eine ausdrückliche Verpfändung

herbeirufen müste, da doch im Gesetze selbst, kein Wort davon vorhanden.

39) a. a. O. pag. 32; mit ihm ist gleicher Meinung BACHOV *de pignor.* Lib. 3. Cap. 5. n. 5.

40) §. 1. I. *Quibus alien. lic.* L. 1. 2. C. *Debit. vend. pign. imp. non posse.* L. 3. C. *Si ant. cred.*

§. 21.

Zweiter Fall: Wenn der Kreditor das Pfand zwar besitzet, allein nicht mit dem Schuldner selbst, oder dessen Erben, sondern mit einem andern Gläubiger, und zwar einem solchen, welcher ihm vorgehet, zu thun hat.

Nach gemeinen Rechten schützt bekanntlich der alleinige Besitz des Pfandes gegen einen ältern, oder sonst privilegirten Gläubiger gar nicht 41); der jüngere Kreditor ist verbunden, auch das handhabende Pfand herauszugeben 42), und bei entstandenem Konkurs muß solches an die Masse geliefert werden. 43). Es ist also leicht zu erachten, daß in dem gegenwärtigen Falle kaum die Frage darüber entstehen könne, ob dem besitzenden Gläubiger in Ansehung seiner Zinsen, Konventional-Strafe und Kosten ein Pfandrecht zustehe?

weil

weil dem åltern, oder ihm vorgehenden Glåubiger alles dieses gar nicht angehet. Da inzwischen der leztere sich mit dem Schaden eines andern nicht bereichern darf; So ist in Ansehung der auf die Sache selbst verwandten Kosten dem Innhaber des Pfandes die Befugnis nicht zu versagen, welche einem ieden possessori bonae fidei zustehet 44).

41) Nur in dem Falle, wenn mehrern zu gleicher Zeit, jedoch nicht gemeinschaftlich, eine Sache verpfåndet worden: behålt der Besitzer den Vorzug. L. 20. §. 1. D. de pigner. act. L. 10. D. de pignorib. WESTPHAL l. c. p. 221.

42) L. 2. u. 12. pr. D. L. 2. u. 4. C. qui pot. in pign. I. H. BOEHMER *de diuerso pignoris et hypothecae iure* Cap. I. §. 13.

43) SCHAUMBURG *principia praxeos* Lib. 2. Cap. 8. §. 10. in der Note. Die besondern Vorrechte eines Handhabenden Pfandes nach dem Lübeckschen Rechte hat der berühmte Herr Doktor J. C. Stein in seiner **Einleitung zur Lübschen Rechts = Gelahrheit** p. 303. n. 2. 3. 4. mit der ihm eigenen Gründlichkeit entwickelt.

44) L. 38. D. *de hered. petit.* L. 27. §. 5. D. *de rei vind.* Daher der verdienstvolle Herr Hofrath J. C. Schmidt in Seinem **praktischen Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Ein-**

Einreden §. 491. n. 15. es mit Recht unter die der hypothekarischen Aktion entgegen stehende Einreden zählet: daß Kläger erst den notwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen habe.

§. 22.

Dritter Fall: Wenn der besitzende Kreditor mit einem ihm nachstehendem Gläubiger des Pfandes halber zu thun hat.

Vermöge des bekannten iuris offerendi ist ein nachgehender Kreditor befugt, durch Ausbezahlung des ihm vorgehenden Gläubigers, sich dessen Rechte zu verschaffen 45). Gleich wie nun in solchem Falle der ältere Gläubiger mit Recht verlangt, daß ihm seine ganze Forderung, derentwegen er ein Pfandrecht hat, berichtiget werde: So ist auch hingegen der nachfolgende nicht verbunden, ihm ein Mehreres, als die eigentliche Pfandschuld zu bezahlen. Stehet gleich dem erstern auch anderer Forderungen wegen das Retentions-Recht zu: So übt er solches doch nur gegen den Schuldner und dessen Erben, nicht aber wider einen Dritten aus. Die Frage: ob der creditor secundus, wenn er an die Stelle seines Vorgängers treten will, diesem auch die

die persönliche Forderung, derentwegen er das ius retentionis hat, offeriren müsse? ist in unsern Gesetzen durchaus verneinend entschieden. *Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre* 46). Hieraus ergiebt es sich von selbst, wie es in diesem Falle in Ansehung der Zinsen, Strafe, und Kosten zu halten, und ob der jüngere Gläubiger solche gleichfalls zu übertragen verbunden sei? Wenn wir den zum Besten der Sache selbst geschehenen Aufwand ausnehmen, von dem es nun einmal ausgemacht ist, daß der Innhaber des Pfandes solches nicht eher räumen dürfe, als bis ihm Vergütung dafür geschehen: (§. 21) So kann der ältere Kreditor die Bezahlung der übrigen Accessorien des Kapitals nur in soferne verlangen, als sich mit Grunde behaupten läst, daß das eigentliche Pfandrecht selbst mit darauf gerichtet sei. Ist dieses nun nicht ausdrücklich geschehen: So hängt die Entscheidung lediglich von den Grundsätzen ab, welche wir oben §. 10 bis 18 bemerkt haben. Vermöge derselben fordert der ältere Kreditor ausser dem Kapital mit Recht a) die Zinsen und Proceß-Kosten, wel-

che

che durch ungebührlichen Verzug des Schuldners erwachsen sind; (§. 10 u. 15) b) die versprochenen Zinsen und Konventional-Buße, wozu sich der Schuldner zur Zeit der geschehenen Verpfändung bereits anheischig gemacht hatte (§. 11 und 14); keines weges aber c) die erst nach der Verpfändung versprochne Zinsen und Konventional-Strafe, woferne nicht die Parteien wirklich verabredet haben, daß das Pfand auch für diesen Zuwachs haften solle. Alle Zweifel und Einwürfe, welche hiegegen nur irgend gemacht werden können, verschwinden sogleich wenn man nur erwägt, daß die Gesetze selbst die Sache nicht anders entscheiden. In L. VII. C. Etiam ob chirographar. heist es ausdrücklich, daß der creditor secundus nur dasjenige zu offeriren habe, weshalb dem primo ein wirkliches Pfandrecht kompetiret; Und in L. 4. C. de vsuris ist klar verordnet, daß wegen derjenigen Zinsen, welche der Schuldner erst nach geschehener Pfandgebung versprochen hätte, das pignus ceßiren sollte.

45) THOM. SIEGFRIED KING de iure offerendi posterioribus hypothecariis contra priores competente, Erford. 1700. Herr Hofrath GUSTAV BERNH. BECMANN de Successione

Creditoris in alterius et suum ipsius locum, Goett. 1781. §. 16. 17. 18.

46) L. vn. C. Etiam ob chirographar. caus.

§. 23.

Hier ist meiner Meinung nach der Fall vorhanden, wo man die angeführte L. 4. C. de vsuris, über deren Sinn von Zeit zu Zeit nicht wenig gestritten worden (§. 2.), am schicklichsten mit der Analogie und übrigen Gesetzen vereinigen kann. Was überhaupt die Erklärung der in dem Justinianeischen Codex enthaltenen Verordnungen schwierig macht, — der gänzliche Abgang einer genauen Nachricht von den Umständen des Faktums, worauf sich die Kaiserlichen Reskripte, und Dekrete beziehen 47) — ist vielleicht auch hier die einzige Ursache, warum dieses Gesetz den Auslegern so viel zu schaffen gemacht. Erklärt man die Stelle, wie bisher geschehen, dahin, daß selbst der Schuldner befugt sein soll, die verpfändete Sache zurück zu fordern, wenn er gleich die nach der Verpfändung ausgelobten Zinsen nicht bezahlet: So ist und bleibt diese Vorschrift allemal äusserst sonderbar; und auch die scharfsinnige Wendung, deren der Herr Prof. **Westphal** sich bedienet,

dienet, hebt die Schwierigkeit gar nicht. (§. 2.) Es kömmt also darauf an: ob nicht unter andern Umständen das erwähnte Gesetz dem Systeme des bürgerlichen Rechts genauer angemessen sey? 48) In der Verordnung selbst ist nicht ausdrücklich bestimmt, **mit wem** der besitzende Gläubiger zu thun habe; ob mit dem Schuldner selbst, oder mit einem jüngern Kreditor, der durch Ausbezahlung der Pfandschuld in die Stelle und Rechte des erstern treten will? Wie, wenn man das Gesetz blos von dem letztern, mithin grade demjenigen Falle erklärte, von dem wir gegenwärtig handeln? Mir scheint diese Interpretation, ob ich sie gleich mit Autorität der bisherigen Ausleger nicht belegen kann, dennoch desto gegründeter zu sein, je mehr die Uebereinstimmung derselben mit andern Gesetzen, und überhaupt die rechtliche Analogie solche unterstützet. Denn wenn der jüngere Kreditor sich des Eintretungs-Rechtes bedienen will: So darf er nur diejenige Forderung abtragen, derentwegen dem Innhaber der Sache **ein wahres Pfandrecht** zustehet; folglich kann der ältere Gläubiger ihm der Zinsen halber die Sache nur dann vorenthalten, wenn die Verpfändung

 mit

mit darauf gerichtet worden. Dies läst sich aber nicht behaupten, wenn die Zinsen erst nachher versprochen worden; mithin ist der Abtrag derselben dem creditori secundo nicht aufzubürden. Hiemit stimmt die in L. 4. C. de vsuris enthaltene Entscheidung genau überein; was hindert uns also, das Gesetz von dem Falle zu erklären, welcher nach so vieler Warscheinlichkeit dabei zum Grunde gelegen?

47) *Ideo difficilem legum Codicis interpretationem esse, quod haud raro circumstantiae facti de quo consulti fuerunt Impp. nos fugiant, et non nisi rarissime ex rescriptis, quid in facto fuerit, coniicere, speciemque e verbis illorum constituere nobis liceat;* schreibt der Herr Prof. **Püttmann** L. 2. Aduersar. iur. vniuersi. pag. 76.

48) Si enim Legis ambiguae altera interpretatio analogiae iuris contraria est, altera vero non; posterior interpretatio priori praeferenda est. Herr Geh. Rath **Nettelbladt** *Syst. Elem. iurispr. general.* §. 236.

§. 24.

Vierter Fall: Wenn der Gläubiger sich nicht im Besitz des Pfandes befindet, sondern

dern solches mit der hypothekarischen Klage und zwar gegen den Schuldner selbst verfolgt. Ist der Gläubiger nicht im Besitz des Pfandes: So frägt sich ob er die hypothekarische Klage dahin anstellen könne, daß ihm das Pfand auch der Zinsen, Konventional-Strafe und Kosten halber eingeräumet werde, wenn in dieser Absicht keine ausdrückliche Verpfändung vorhanden? Die Pfandklage ist und bleibt zwar, sie mag nun gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen dritten Besitzer erhoben werden, immer eine actio realis; das Fundament derselben, ist in beiden Fällen das nämliche, wie denn auch der Kläger sowol gegen den Schuldner, als den dritten Innhaber diese Klage nur dahin richten kann, daß ihm die Sache bis zum Abtrag derjenigen Forderung, wofür sie verpfändet worden, abgetreten werde. Die hypothekarische Aktion an sich kann daher auf Zinsen, Strafe und Kosten nur dann mit gerichtet werden, wenn es ausgemacht ist, daß das Pfandrecht sich bis dahin erstrecke. Da aber bekanntlich der Gläubiger gegen den Schuldner selbst mit der Real-Klage auch den persönlichen Anspruch kumuliren kann 49): So

 dürfte

dürfte in diesem Fall, wenn nur die Verpfändung wegen des Hauptstuhls ihre Richtigkeit hat: nicht gar viel darauf ankommen, ob das pignus an sich auch für die Accessorien des Kapitals constituiret sei. Denn da der Debitor ohnehin mit seinem ganzen Vermögen, wenn auch gar keine Hypothek errichtet wäre, dem Gläubiger haftet; So liegt ihm unstreitig ob, die Zinsen entweder zu bezalen, oder sich auch gefallen zu lassen, daß seine Güter zur völligen Befriedigung des Gläubigers angegriffen werden — 50). Dem letztern stehet also kein rechtliches Hindernis entgegen, die der Hauptschuld wegen verpfändete Sachen, auch im Betreff der Zinsen, wenn gleich das pignus selbst weder ausdrücklich noch stillschweigend darauf gerichtet worden, zum obiecto exsecutionis zu machen, woferne der Debitor nicht auf andere Art seine ganze Schuld zu tilgen vermag.

49) Obgleich der Gläubiger gegen den Schuldner selbst auch zugleich auf Bezalung der Schuld seinen Antrag richten kann: So ist doch solches in der That keine Folge der hypothekarischen Aktion, welche ihrer Natur nach kein anderes Gesuch zuläst, als: „daß Klägern an der Sache ein Pfand„recht zustehe, folglich Beklagter solche bis zur

„Befriedigung des erstern abzutreten schuldig." Jenes alternative Gesuch entsteht aus der Kumulation der persönlichen Klage mit der dinglichen. Da nun dies gegen einen dritten nicht angehet: So pflegen einige die daher entspringende Differenz selbst in dem Gesuche der actionis hypothecariae dergestalt zu setzen, daß solches zwar wol wider den Schuldner, jedoch nicht wider einen Dritten alternativisch eingerichtet werden könnte. Wie wenig accurat und richtig aber diese Lehre sei, fällt in die Augen. BOEHMER *de actionib.* Sect. 2. Cap. 3. §. 101. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 312.

50) Westphal vom Pfandrechte pag. 93

§. 25.

Fünfter Fall: Wenn der Gläubiger das Pfand gegen einen dritten Besitzer verfolgt. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn der Kreditor nicht den Schuldner selbst, oder dessen Erben, sondern einen dritten Besitzer der Hypothek belanget. Gegen diesen fällt 1) der persönliche Anspruch gänzlich weg, daher auch wider ihn die im vorigen §. erwähnte Kumulation nicht statt findet 51). Das Recht, ihn zu belangen, erstreckt sich nie weiter, als in so ferne

dem Kläger ein wirkliches ius reale zu stehet. Er darf 2) kein grösseres onus an der Sache gelten lassen, als der Debitor des Klägers in der That derselben aufgebürdet hat, und 3) aufbürden können. So ungezweifelt richtig diese Grundsäze sind, eben so ist es auch die Folge, daß der hypothekarische Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie in den Händen eines dritten ist, ausser dem Kapital auch der Zinsen, Strafe, und Kosten wegen nur sodann in Ansprache nehmen könne, wenn sein Pfandrecht selbst sich mit darauf erstrecket. Dies sezt aber zweierlei zum voraus: Einmal, daß die Sache auch der Zinsen, Strafe, und Kosten wegen wirklich verpfändet; und zweitens, daß das Pfandrecht zu einer solchen Zeit konstituirt sei, da der Debitor, es zu erteilen, noch ermächtigt war. Beides ist gegenwärtig etwas näher zu betrachten. So viel das Erste anbetrift: So siehet man wol, daß das Pfand für die Zinsen des Verzugs, und dieienigen, wozu sich der Schuldner zur Zeit der Verpfändung bereits anheischig gemacht hatte, allerdings haften müsse, gesezt auch, daß die Verpfändung nicht mit ausdrücklichen Worten dahin ausgedehnt worden, weil in diesem Fall,

das

das pignus tacitum conuentionale keinen Zweifel leidet (§. 11.). Ist hingegen die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, erst nach Errichtung des Pfandrechtes durch einen Vertrag begründet, jedoch wegen des Pfandrechts keine weitere Verabredung getroffen: So fällt das leztere, wie oben bereits gezeigt worden, in Ansehung dieser Zinsen weg. Da nun der Gläubiger gegen einen dritten Besitzer nur ein dingliches Recht urgiren kann: So ist es klar, daß in leztern Falle die Zinsenforderung den Beklagten gar nicht angehe 52), und er vielmehr entweder durch baare Bezahlung des Kapitals sich von der ganzen Klage losmachen könne, oder, wenn er die Sache abtritt, dennoch nicht leiden dürfe, daß der Kläger sich auch der Zinsen wegen daraus bezahlt mache, weil es ihm deshalb an einem dinglichen Rechte gänzlich ermangelt. In Ansehung der Konventional-Strafe und Kosten geht es hier nach eben den Grundsätzen, welche davon oben bereits entwickelt sind. Dies wird, so viel den ersten Punkt anbetrift, vorläufig genügen.

51) Diesem ist nicht entgegen L. 16. §. 3. D. de pignorib. in den Worten: Si vero possideat, et aut pecuniam soluat, aut rem restituat, aeque

absoluendus est; wobei BOEHMER de actionibus l. c. §. 100. ganz recht erinnert: vtut *possit* soluere, non tamen obligatur ad soluendum, nec ex iure ad rem contra eum agitur, sed ex iure hypothecario.

52) Argum. L. 29. pr. D. de pignoribus. Hier ist es, wo die L. 13. §. vlt. D. de pignoribus ihre eigentliche Anwendung findet.

§. 26.

Bekanntlich ist es aber, wenn diese Klage gegen einen dritten erhoben wird, nicht hinreichend, daß der Kläger darthut, die Sache sei ihm von seinem Schuldner verpfändet; Sondern es kommt noch vorzüglich darauf an: Ob der Debitor überhaupt, oder wenigstens zu der Zeit, als das angebliche pignus errichtet worden, die Befugnis gehabt, den Gläubiger damit zu versehen? 53) Ein Umstand, welcher auch bei den Zinsen, die der Gläubiger prätendiret, nicht ausser Rücksicht ist. Wenn daher I) der Debitor nach geschehener Verpfändung allererst Zinsen verspricht, und auch das Pfandrecht ausdrücklich bis dahin erweitert; allein dermalen das Eigenthum der Sache nicht mehr hat: So fällt unstreitig das pignus in

Ansehung der Zinsen weg, weil der Schuldner kein Recht mehr hatte, der Sache ein grösseres onus aufzulegen 54). Jedoch ist dieses II) auf den Fall gar nicht anzuwenden, wenn das Pfandrecht an sich, es sei nun ausdrücklich, oder stillschweigend, sowol fürs Kapital, als auch für die Zinsen u. s. w. ertheilet, immittelst aber, ehe der Debitor die Zinsen **in der That schuldig ward**, die Sache an einen andern veräussert worden. Der casus ist dieser. Sempronius nimmt im Jahr 1770 ein Kapital von 1000 Rthlr. auf, verspricht solches nach halbjähriger Kündigung, welche jedem Theile frei stehet, zu bezahlen; immittelst aber mit 5 pro Cent zu verzinsen; und sezt sein Wohnhaus dem Gläubiger zur Hypothek; schon im Jahr 1772 verkauft er es an den Titius, bezahlt aber seine Schuld nicht, sondern läst auch sogar die Zinsen bis 1782 unabgetragen. Nun kündigt der Kreditor, und stellt darauf die hypothekarische Aktion gegen den Titius an. Dieser behauptet aber, daß die seit 1772 restirenden Zinsen aus dem Pfande nicht dürften bezalet werden, weil a) Sempronius solche schuldig geworden, da er nicht mehr Eigentümer der

Sache

Sache war; folglich derselben kein weiteres onus auflegen können; Eine mora, wofür freilich das Pfand haften müste, sei in diesem Zeitraume nicht vorhanden, weil der Gläubiger nicht gekündigt hätte; und obgleich b) die Hypothek, auch der künftigen Zinsen halber versichert worden: So hätte es doch von dem Willen des Schuldners abgehangen, die Zinsen auch nicht schuldig zu werden, folglich sei hier bekannten Rechten nach der Fall vorhanden, da das Pfandrecht nicht zu der Zeit, als es errichtet, sondern vielmehr zu der Zeit, als die Schuld wirklich geworden, seinen Anfang nähme 55). Dermalen aber wäre Sempronius nicht mehr Herr des Hauses gewesen; folglich hätte auch das Pfandrecht, in Ansehung der gedachten Zinsen gar nicht weiter entstehen können.

53) ERXLEBEN *de pignoribus* §. 311. 315.

54) Argum. L. 15. §. 1. D. de pignor. ZOESIUS ad Pandect. Lib. XX. Tit. 1. num. 23.

55) L. 4. D. *Quae res pign.* Quum in potestate debitoris fuerit, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Est ideo videndum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. Allerdings war er befugt, (in potestate

state eius erat) sich durch Kündigung und Abtrag des Kapitals von dem Fortgang der Zinsen zu befreien; Es hing von seinem Willen ab, seit 1772 keine Zinsen mehr schuldig zu werden. L. 9. §. 1. *Qui pot. in pign.* Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat, aduersus eum, cui postea quicquam deberi caeperit, *si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.* Das letztere scheint aber hier einzutreten. Es fehlt auch nicht an Rechtsgelehrten, welche den gegenwärtigen Fall wider den Gläubiger entscheiden. So behauptet unter andern Herr Lic. GMELIN in Comment. de iure pignoris, quod debitor in re sibi non propria constituit, Vlmae 1778. §. 40. pag. 134. ausdrücklich: de illis tantum vsuris pignus obligatur, et possessor recte conuenitur, quae ante alienationem non de iis, quae post eandem penes debitorem natae sunt; quum respectu vsurarum postea natarum nec debitor rem obligare, nec emtori negligentia imputari possit. HARPRECHT Consil. Tübing. 64. pag. 298.

§. 27.

Allein, bei genauerer Prüfung fallen diese Bedenklichkeiten sämtlich hinweg. Denn da 1) der Schuldner sich einmal anheischig gemacht hatte,

das

das Kapital bis zur gänzlichen Bezahlung zu verzinsen; So ist es natürlich, daß das Pfand hiefür schlechterdings haften müsse. Es ward also in dieser Hinsicht jalliährlich keine neue Verbindlichkeit kontrahirt, welches behaupten zu wollen, ohnehin den Rechten entgegen ist 56), sondern die zur Zeit der Verpfändung in der That schon existent gewesene Obligation dauret nur fort; und mit derselben unstreitig das Pfandrecht —. 2) Die in der Note 55. angeführten Geseze reden einesteils nur von dem Fall, wenn die Hauptschuld selbst erst nach der Verpfändung wirklich wird, nicht aber von solchen Verbindlichkeiten des Schuldners, welche unzertrennliche Folgen davon sind, weil er den Abtrag des Kapitals unterlassen hat —. Die Differenz ist zu gros, als daß man von Einem, aufs andere fortschliessen könnte; die ebengedachten Geseze handeln auch anderntei1s nur davon, wenn es vom Willen des Verpfänders abgehangen, ob die Schuld entstehen sollen; nicht aber davon, wenn es seiner Willkühr überlassen gewesen, sich ehender von seiner Schuld loszumachen. Da dieses nicht geschehen: So bleibt die Sache in dem Zustande, worinn sie gleich anfänglich, als die Verpfändung erfolgte,

folgte, sich bereits befand. Denn der Debitor war nicht befugt, durch seine unternommene Veräusserung die Rechte des Gläubigers zu schmälern 57). Endlich ist auch 3) dieser Fall, durch Vorschrift der Gesetze klar für uns entschieden 58).

56) L. 26. C. *de vsuris.*

57) L. 9. pr. D. *Qui pot. in pign.*

58) L. 18. D. eod. deren Worte oben pag. 96 angeführet sind. MYNSINGER Cent. I. Obs. 59.

§. 28.

Ein Umstand ist noch übrig, welchen wir nicht ganz übergehen dürfen. Wenn nämlich III) die Verpfändung an sich zwar der Zinsen und Kosten halber mit geschehen, hingegen der in der Schuldverschreibung bestimmte Zahlungs-Termin in der Folge von den Parteien zu einer solchen Zeit prolongirt wird, als die verpfändete Sache nicht mehr des Schuldners Eigentum war: So entstehet die Frage: Ob der Gläubiger auch diejenigen Zinsen, welche nach diesem Zeitpunkt erwachsen sind, aus der Hypothek ersetzt verlangen könne? So viel ist gewis, daß der Fall, welcher in L. 18. D. *qui pot. in pign.* entschieden ist, von dem gegenwärtigen durchaus verschieden, folglich die dort enthaltene

haltene Vorschrift hier ausser Anwendung sei. Denn in erwähntem Gesetze wird nur gefragt: ob der erste Gläubiger in Ansehung der Zinsen blos darum zurück stehen müsse, weil solche zu einer Zeit fällig geworden, da die Sache bereits einem andern verpfändet war? *) Und hierauf wird billig, aus Gründen, welche im vorigen §. zur Genüge dargelegt worden, mit Nein geantwortet. Wer siehet aber nicht, daß gegenwärtig ein ganz anderer Umstand hinzukomme, von dem in jenem Gesetze gar die Rede nicht ist — ein anderweitiger Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner, daß das Kapital noch länger verzinset werden solle, als bei der geschehenen Verpfändung anfänglich verabredet worden —. Dieser Vertrag wird geschlossen, da die Sache dem Schuldner nicht mehr eigenthümlich zustand. Daß also für diese weitere Verzinsung die Hypothek gleichfalls haften müsse, läst sich wenigstens aus dem angeführten Gesetze nicht herleiten, ohne den bekanntesten Regeln der Auslegungskunst zu nahe zu treten 59). Denn obgleich die Worte ganz allgemein gefast sind: Lucium Titium in *omne*, quo ei debetur, potiorem esse; So verstehen sie

sich

sich doch natürlich nur von dem Falle, welchen das Gesetz eigentlich zum Vorwurf hat, 60) und welcher mit dem übereinstimmet, dessen wir im vorigen §. erwähnt haben. Hingegen der besondere Umstand, worauf es hier ankömmt, ist darinn nicht entschieden, und soll ich meine Meinung freimütig darüber bekennen: So halte ich nicht dafür, daß die Hypothek für die erwehnten Zinsen weiter hafften dürfe. Ich will die Gründe, welche mich bewogen haben, so zu denken, dem geneigten Leser zur weitern Beprüfung vorlegen. So ungezweifelt richtig der Grundsaß ist, daß eine verpfändete Sache, wenn sie vom Schuldner veräussert wird, mit dem daran hafftenden Pfandrechte auf den Käuffer oder sonstigen Adquirenten übergehe: So gewis ist es auch, daß der Pfand-Gläubiger wider den neuen Eigentümer weiter kein Recht geltend machen könne, als durch die geschehene Verpfändung wirklich auf die Sache gelegt worden. Ist nachhin die Verbindlichkeit des Schuldners nicht durch gesetzliche Folge, z. B. per moram, sondern durch Vertrag und Vereinbarung der Parteien weiter bestimmt worden; war aber damals die Hypothek nicht mehr Eigen-

tum des Schuldners: So sehe ich nicht ab, wie sie für die veränderte Modifikation an sich obligirt geachtet werden könne 61). Gesetzt also in der Schuld und Pfandverschreibung ist die Obliegenheit des Debitoris durch den festgesetzten Zahlungs-Tag determinirt, und darauf wird die Hypothek an den Titius veräussert; So frägt sich: mit welchem onere empfängt er die Sache? Sie hafftet, antworte ich, nach obigen Gründen, a) für die Bezalung des Kapitals b) für die Zinsen, welche der Schuldner bis zum Zahlungs-Tag ex pacto schuldig geworden, c) für die Zinsen des Verzugs, wenn er in diesem Termin, den Abtrag des Hauptstuhls nicht geleistet, sondern widerrechtlich verzögert hat 62). Mit welchem Grunde aber will man ihr auch die Zinsen-Forderung aufbürden, welche nach Abfluß des ersten Zahlungs termini nicht durch die moram des Schuldners entstanden ist, sondern lediglich ihren Grund daraus herleitet, weil Kreditor und Debitor den Abtrag der Schuld weiter hinaus geruckt haben? Das Kapital bleibt freilich in der Sache einmal radicirt; allein welch ein Recht hatten die Kontrahenten für die fernere Verzinsung desselben die

die Sache eines Fremden obligirt zu machen? Wer mich widerlegen will, der beantworte mir zuförderst diese Frage. Unstreitig bestimmt die zuerst geschehene Verpfändung die Gränzen, wie weit der Gläubiger gegen einen dritten agiren könne. Denn nachdem die Sache aufgehört hatte, des Schuldners eigene zu sein; konnte er dem Gläubiger kein mehreres Recht daran ertheilen 63). Ein jeder Anspruch also, welchen der Kreditor an der Sache macht, und welchen jene Verpfändung nicht gründet, ist allemal verwerflich. Da nun bei derselben ein gewisser Zahlungs-Termin bestimmt war: So stand es in der Folge zwar den Parteien frei, solchen zu verlängern; auch der Schuldner ward für seine Person gehalten, im Fortgang der Zeit, die fernern Zinsen zu bezahlen; die Hypothek ist für diese Prolongation nur sodann verhafftet, wenn sie damals noch dem Debitor zugehörte 64). War sie hingegen auf einen Dritten bereits übergegangen: So fällt wider diesen der Anspruch wegen der weitern Verzinsung gänzlich weg. Denn die ursprüngliche Verpfändung giebt dem Pfandgläubiger dergleichen Recht nicht, weil sie sich auf den

 dort

dort bestimmten Zahlungs-Tag beziehet, die Erweiterung desselben aber ad non cogitata gehörte; Die dem Schuldner nachhin erteilte Befristung konnte in Ansehung der daher entspringenden Folgen, kein dingliches Recht mehr verschaffen, weil die Sache der Disposition des Schuldners nicht mehr unterworffen war 65). Und eine Mora ist es doch sicher auch nicht, wenn der Kreditor selbst die Verlängerung der Zahlungsfrist bewilligt 66). Diese Prolongation ist aber ein negotium inter alios actum, und kann daher einem Dritten nicht nachtheilig werden 67). Steht dieses feste: So folgt natürlich, daß, wenn die Verlängerung zu einer Zeit geschiehet, da das Pfand nicht mehr zu des Schuldners freien Disposition stand, das leztere für die Folgen der Prolongation nicht weiter hafften dürfe. Dahin gehören aber hier unstreitig die Zinsen, welche nach Ablauf des bei der anfänglichen Verpfändung bestimmten Termins erwachsen sind. Der Gläubiger fordert solche nur dann aus der Sache mit Recht, wenn er moram des Schuldners darthun kann. Hingegen die von ihm selbst mit dem Debitor getroffene Verabredung, daß das Kapital

tal noch länger stehen bleiben, und verzinset werden solle, ist und bleibt eine Sache, welche den Dritten Mann gar nicht präjudiciren kann 68).

*) VOET. Comment. ad Pand. L. 20. T. 4. n. 27.

59) DAN NETTELBLADT in Diss. *de Decisione casuum secundum analogiam*. Cap. 3. §. 30. 31. wie auch in Diss. *de variis casus obuios in foro decidendi modis*. Hal. 1750. §. 8.

60) L. 54. §. 1. D. *Loc. cond.* L. 100. §. 1. D. *de Legat.* 3. L. 24. D. de LL.

61) L. 3. §. 1. D. *de piguoribus*. Non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit. Ergo, quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.

62) Für die Bezahlung des Hauptstuhls haftet die Sache, vermöge des dem Gläubiger erteilten Pfandrechts, ein für allemal. Dieses Recht geht sichtlich darum nicht verloren, daß der Zahlungs-Termin weiter hinaus gerückt wird. Denn dadurch wird die Schuld nicht aufgehoben, noch dem Pfandrechte entsaget. Gesetzt also auch, die Prolongation des Zahlungs-Termins sei zu einer Zeit geschehen, da bereits ein Dritter ein dingliches Recht an der Sache erlangt hätte; So bleibt doch immer, so viel die Hauvtschuld, und die bis zum Zahlungs-Tag erwachsenen Zinsen anbetrift, der Anspruch des ersten Gläubigers unverkürzt. VINNIVS select. Quaest. Lib. 2. Cap. 42.

63) L. 2. C. *Si al. res pign.* Si probaueris praesidi, praedia, vel hortos, *de quibus agebatur*, tuos esse, intelligis obligari eos creditori ab alio non posse.

64) L. 6. C. Eod. Quum Seruiana etiam actio declaret euidenter, iure pignoris teneri non posse, *nisi quae obligantis in bonis fuerint.*

65) L. 8. C. Eod. Nexum non facit praediorum, nisi persona, quae iure potuit obligare.

66) C. F. G. MEISTER in Dissert. *Morae actionem iuridicam* sist. Goett. 1745. in Opusc. Tom. I. N. V. §. 21. Dilatio in mora est frustratoria; Ergo requiritur, vt sit cum dolo vel culpa, et alterius damno coniuncta. Quae quum ad moram coniunctim requirantur, tuta est conclusio, dilatione vno alteroue ex his requisitis destituta, moram non dari.

67) Inter alios res gestas aliis non posse praeiudicium facere, saepe constitutum est. L. 1. C. *Int. al. act.*

68) Mit Recht findet daher der berühmte Herr Hofrath *I. L.* SCHMIDT in seiner Abhandlung: *de Fideiussore plane non obligato.* Ienae 1763. §. 219. diejenigen Provinzial-Gesetze mit der Analogie des gemeinen Rechts vollkommen übereinstimmend, welche in dem obigen Fall auch den Bürgen zwar zur Bezalung des Kapitals, nicht aber der nach geschehener Prolongation der

Zah-

Zahlungs-Frist aufgelaufenen Zinsen, schuldig erklären. Magdeburgsche Polizei-Ordnung, Cap. 53. §. 10. „Wenn gleich der Gläubiger dem „Hauptschuldner das Kapital ohne Vorwissen des „Bürgen vor oder nach Ablauf der bestimmten „Zeit gestundet, soll doch die Bürgschaft dadurch „nicht erloschen sein; sondern der Bürge zu Ab„tragung des Kapitals dennoch verbunden blei„ben; zu Abtragung der Zinsen aber von Zeit „der verlängerten Frist nicht angehalten „werden." Eben dieses ist auch in des Herzogthums Wirtenberg erneuerten gemeinen Landrechte P. 2. Tit. 5. mit folgenden Worten verordnet: „Wann der Hauptschuldner auch auf „eine gewisse bestimmte Zeit eine Summe Geldes „zu bezahlen versprochen, und dem Gläubiger zu „mehrerer Versicherung einen Bürgen gegeben: „der Hauptschuldner aber hernach, ohne Vor„wissen des Bürgen bey dem Gläubiger weitere „Dilation und Fristung ausgebracht; Ist der „Bürge dem Gläubiger weiter nicht, denn „das Kapital oder die Hauptsumme zu be„zahlen verhaft."

§. 29.

Sechster Fall: Wenn über des Schuldners Vermögen ein Konkurs ausgebrochen,

chen. Dieser Fall bedarff hier keiner umständlichen Erörterung. Denn die Frage: ob nach entstandenen Konkurs über des Schuldners Vermögen das Pfandrecht des Gläubigers an sich auf die Zinsen u. s. w. sich miterstrecke? muß nach den obigen Grundsätzen beurteilt werden. Ob aber, wenn ausgemacht ist, daß es bis dahin gehe, auch eben die Vorzüglichkeit eintrete, deren das Kapital geniesset? wird nach gemeinen Rechten billig bejahet; und obgleich verschiedene Provinzial-Gesetze, und statutarische Verordnungen hierunter ein anderes disponiren, so sind doch dieselben, nach dem Zeugnis bewährter Rechtslehrer allemal aufs genaueste zu erklären, mithin weder von einem Ort auf den andern, noch von einem Fall auf den andern; z. B. nicht von den Zinsen, auf die schuldigen Kosten zu erstrecken. 69)

69) Gmelin Rangordnung der Gläubiger. p. 414 u. 416.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

chen. Dieser Fall bedarff hier keiner umständlichen Erörterung. Denn die Frage: ob nach entstandenen Konkurs über des Schuldners Vermögen das Pfandrecht des Gläubigers an sich auf die Zinsen u. s. w. sich miterstrecke? muß nach den obigen Grundsätzen beurteilt werden. Ob aber, wenn ausgemacht ist, daß es bis dahin gehe, auch eben die Vorzüglichkeit eintrete, deren das Kapital geniesset? wird nach gemeinen Rechten billig bejahet; und obgleich verschiedene Provinzial-Gesetze, und statutarische Verordnungen hierunter ein anderes disponiren, so sind doch dieselben, nach dem Zeugnis bewährter Rechtslehrer allemal aufs genaueste zu erklären, mithin weder von einem Ort auf den andern, noch von einem Fall auf den andern; z. B. nicht von den Zinsen, auf die schuldigen Kosten zu erstrecken. 69)

69) Gmelin Rangordnung der Gläubiger. p. 414 u. 416.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Konventional-Pfandrechte

Schwerin, Wismar und Bützow 1783

J.pract. 317#Beibd.1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554845-6
VD18 14766000-001